الذخيرة

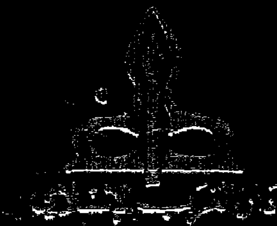
لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي

ت ٦٨٤ هـ - ١٢٨٥ م

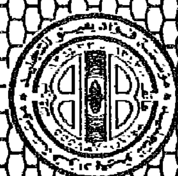
الجزء السابع

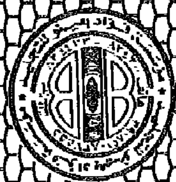
تحقيق

الأستاذ محمد بو خبزة



دار الغرب الإسلامي





الذخيرة

7

الذخيرة

لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي

ت 684 هـ - 1285م

الجزء السابع

تحقيق

الأستاذ محمد بوخبزة



دار الغرب الإسلامي

الطبعة الأولى
1994

دار الغرب الإسلامي
ص . ب . 5787-113 بيروت .

كتاب الوصايا

وفيه مقدمتان وقسمان :

المقدمة الأولى في اشتقاقها ولفظها، قال الجوهري[1]: أوصيتُ له إذا جعَلتَه وصيَّك، وأوصيتُ له بشيء، والاسم الوصاية بكسر الواو وفتحها، والوصاة أيضاً ووصيت وأوصيت بمعنى واحد، ووصيت الشيء بالشيء بتخفيف الياء أصيه إذا أوصيتَه به، وأرض واصية أي متصلة النبات. قال صاحب **القبس**: الوصية قول يلقيه أحدكما لبر[2] آخر ليعمل به، وهو مخصوص بالغائب والميت لتنفيذ مقاصدهما بالوصية. وقال غيره: الوصية من وصيت الشيء بالشيء كما تقدم، كأنّ الموصي وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرّف.

المقدمة الثانيـة في مشروعيتها، قال[3] الله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إذا حَضَرَ أَحَدَكُم الموتُ إنْ تَرَكَ خَيْراً الوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْـن الأَقْـرَبِينَ﴾ الآية، وقال[4] تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾. فتقديمها على الميراث يدلّ على وجوب تنفيذها وصحتها. واختلف في الأولى فقيل: المراد من لا يرث من الأقربين كالعبيد والكفّار، أو مسلم غير مستحقّ ولم تنسخ، وقيل: منسوخة (في الوالدين دون

---

(1) في (تاج اللغة وصحاح العربية) لأبي نصر اسماعيل بن حماد الجوهري، مادة (وصى) ويلاحظ أنّ المؤلف تصرف في النقل بالحذف والتقديم والتأخير على عادته.

(2) (لبر) سقطت من (ي).

(3) (البقرة: 180).

(4) (النساء: 12).

الأقارب، وقيل: منسوخة[1]) في الجميع بآية المواريث، ورجح الطبري وغيره الأول، لأن عدم النسخ أولى مهما أمكن، قال صاحب **المقدمات**: والمشهور: النسخ، قاله مالك بآية المواريث لكونها بعدها، وروي ان الناس كانوا يتوارثون بالوصية حتى نزلت آية المواريث، وهذا لا يعلم إلاّ توقيفاً، إذ ليس في آية المواريث ما يقتضي النسخ لإمْكان الجمع بين الفرض والوصية، ويمكن التمسك في النسخ بقوله[2] عليه السلام: (**إنّ الله قد فرض لكلّ ذي حقّ حقّه، فلا وصيّة لوارث**) فَنَافَى بين الوصية والفرض وقيل: الناسخ قوله عليه السلام: (لا وَصِيَّةَ لوارث) على مذهب مَنْ يجيز نسخ القرآن بالسنّةِ، وقاله مالكٌ أيضاً، وقال عليٌّ وابن عبّاس وعائشة رضي الله عنهم: المراد بالخير المال الكثير الذي لا ضرر على الورثة فيه، وأما السُّنّة: قال صاحب **القبس**: أحاديثهما كثيرة، وأصولها أربعة، **الأول**: ما في مسلم[3]: (قيل لعبدالله بن أبي أوفى: هل أوصى رسول الله ﷺ؟ قال: لا، قلت: فكيْف كتب الوصية أو أمر بالوصية؟ قال : أوصى بكتاب الله). **الثاني** فيه، وفي الموطأ[4]: (**مَا حقّ امرىء مسلم له شيء يوصي فيه يَبيت ليلتين إلاّ ووصيتُه عنده مكتوبة**) زاد مسلم: أوثلاث. قال صاحب **الاستذكار**: ويروى: (لا ينبغي لأحد عنده مال يُوصي فيه تأتي عليه ليلتان إلاّ ووصيّته عنده). والجمهور على عدم الوجوب إلاّ أن يكون عنده وديعة، أو عليه دين، وقاله (ش) وأوجبها أهل

---

(1) ما بين القوسين سقط من (ي).

(2) في(ي) بقول النبي ﷺ، ويلتزم ناسخ (ي) التصلية بهذه الصيغة في الكتاب كله، بينما يقتصر ناسخ (د) على: عليه السلام، والحديث رواه الترمذي في الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث، والنسائي في الوصايا، باب إبطال الوصية للوارث. عن عمرو بن خارجة. وهو صحيح.

(3) في الوصية. باب ترك الوصية لمن ليس له شيء يوصي فيه، عن طلحة بن مصرف قال: سألت ابن أبي أوفي. . . فكيف كتب على المسلمين. . . وفي رواية وكيع: فكيف كتب على الناس الوصية. ورواه البخاري والنسائي والترمذي في كتب الوصايا.

(4) في الوصية، باب الأمر بالوصية، ورواه البخاري في الوصايا، ومسلم في الوصية، عن عبدالله بن عمر.

الظاهر، لأن الحقّ (هو الحقّ)[1] هو الثابت، فصرح عليه السلام انه[2] لا يثبت للمسلم إلا الوصيّة، (والنفي)[3] كالنهي، والنهي للتحريم، وإذا حرم الترك وجب الفعل، ويدل على عدم الوجوب قولُه[4] تعالى في آية الوصية ﴿**بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ**﴾. والمعروف يختص بالمندوب، والواجب لا يختص بالمتقين، ولكونه[5] عليه السلام لم يُوصِ، ويرد عليه أنّ جميع تركتِه عليه السلام صدقة؛ فهو يكفي في الوصية.

واختلف في المال الذي تندب فيه الوصيةُ أوتَجب على الخلاف، فعن علي[6] رضي الله عنه: ألف درهم، وتركُ اليسير للورثة أفضل، لقوله[7] عليه السلام: (لأَنْ تَدعَ ورثَتكَ أغنياء خيرٌ من أن تَدَعَهم عالة يتكففون الناس). وعن عائشة رضي الله عنها: لا يوصي في ثلاثة آلاف مَن له أربعة أولاد، ولا وصية لوارث إجماعاً، لما في أبي داود[8]. قال عليه السلام: ﴿**إنّ الله قد أعطى كلّ ذي حقّ حقّه، ألا لا وصية لوارث**﴾ وهو **الحديث الثالث**، ولأنها لَوْ جَازَت لانتقصت[9] قسمة الله تعالى في المواريث، فإن أوصى لغير قَرابتِه ردَّها طاووس على قرابته الذين لا يرثون، وقال الطحاوي: مَنْ أوصى لغير قَرابَتِه ختم عمله بمعصيةٍ، وقال ابن المسيب: إنْ أوصى لغير قَرابَتِه دفع لقَرابَتِه ثلث الثلث، ويمضى لمن أوصى له، وقال الأئمة:

---

(1) زيادة من (د) ولعلها زائدة.

(2) في (ي): ان الحق لا يثبت.

(3) سقطت من (د).

(4) (البقرة: 180) ونصها: كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف. . .

(5) في (ي): ولكون النبي ﷺ.

(6) في (ي): مالك.

(7) رواه البخاري في الجنائز، باب رثاء النبي ﷺ سعد بن خولة، وفي الوصايا، ومسلم في الوصية، باب الوصية بالثلث، ومالك في (الموطأ) في الوصية، عن سعد بن أبي وقاص، وفيه قصة، ولفظة: انك ان تذر ورثتك أغنياء. .

(8) تقدم تخريجه آنفاً.

(9) في (ي) لانتقضت.

إذا ترك قرابته محتاجين وأوصى لغيرهم بئس ما فعل ويمضى، لأنه ماله يفعل فيه ما شاء[1]، لقوله[2] عليه السلام: (**إنَّ اللهَ تصدَّقَ عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في أعمالكم**) **الحديث الرابع**: في مسلم[3]: قال سعد بن أبي وقّاص: (**عَادَني عليه السلام في حجة الوداع من وجَع أشفَيْتُ منه على الموت، فقلت: يا رسولَ الله، بلغَ بي ما ترى من الوجَع، وأنا ذو مال، ولا يرثني إلاّ ابنةٌ لي واحدة، أفأتصدّق بثلثيْ مالي؟ قال: لا، قال: أفأتصدّق بشَطره؟ قال: لا، قلت: فالثلث؟ قال: الثلث والثلث كثير، إنك أن تذَرَ ورثَتَكَ أغنياء خير من أن تذَرَهم عالة يتكففون الناس**). قال صاحب **التنبيهات**: روي عن مالك في الحديث الثاني: يريد أن يوصي فيه، وتفويض[4] ذلك إلى إرادته يقتضي عدم الوجوب، ومنهم مَنْ خصَّص الوجوب بما له بال وجرت العادة بالوصية فيه، لأنّ تكليف الوصية كلّ يوم شطط، وخصّصه بَعضهمْ بالمرض[5]، ومعنى قوله[6]: **مكتوبة** عند العلماء، أي مشهود عليها وإلا فَلاَ تُمضى إلا أن يكتبها[7] بخطّه، وقال: إذا متّ نَفِّذوها، فتنفذ إذا عرف أنّهُ خطُّه، قال ابن يونس: قيل: معنى الحديث: بقيت[8] موعوكاً، قال صاحب **المقدمات**: الحديث محمول على الندب، وهو في الصحيح والمريض، لأنّ الصحيح قد يموت فجأةً، وهي[9] في المريض آكد، ومتى كان المال قليلاً فترْك الوصيّة وإبقاؤه للمال أفضل. قال اللخمي: الوصية

---

(1) في (ي): ما يشاء.

(2) رواه ابن ماجه رقم 2709 والبيهقي في (السنن الكبرى 269/6) عن أبي هريرة، والدارقطني في (السنن 150/4) عن معاذ، وأحمد وابن السكن والعقيلي في الضعفاء (275/1). قال ابن الملقن في (خلاصة البدر المنير 140/2): أسانيده كلها ضعيفة.

(3) تقدم تخريجه آنفاً .

(4) في (ي): وتفوض.

(5) في (ي): بالمريض.

(6) في (ي): قولهم.

(7) في (ي): إلا إن كتبها.

(8) في (ي): بليت هوكوعا. وفي الجملة تصحيف، والصواب: بيت موعوكاً.

(9) في (ي): وهو.

خمسة أقسام: واجبة في حقوق الله تعالى كالزكاة والكفارات فرط فيها أم لا، وحقوق الآدمي كالدَيْن والوديعة إذا لم يتقدّم الإشهاد بها، وكذلك الغُصوب والتعدي، ومندوبة وهو فيه ما فيه قربة وَلاَ يضر الوارث لكثرة المال، ويظن فيها من الثواب أكثر من ثواب الترك للوارث، ومكروهة وهي التي يكون الثواب في الترك أكثر، ومُباحة وهي إذا استويا ولا تتعلّق بها طاعة ولا معصية، ومحرَّمة وهي التي تتعلّق بها معصية. وتنقسم بوجه آخَر إن كان الموصَى له موسراً فهي مُباحة، أو مُعسِراً فمستحبة، وإن كان مُعسِراً وقريب الموصي كذلك استحبّت لِلقَريب وكُرِهَت لِلأجْنَبي، وقاله الأئمة لأنها في القريب صلة وصدقة، فإن استوت القرابات درجة وإعساراً قدم الأقرب، والصغير أولى من الكبير لتوخر[1] حاجة الصغير وعجزه، ومتى كان قبل الصحيح حقّ لله تعالى وجب إيصالُه[2] الآن لِمستحقّه ولا يجعله وصية، وإن كان عنده وديعَةٌ أو قراض تقدم الإشهاد فيه اختلف في وجوب الإشهاد واستحبابه بناءً على أنّ الأمْرَ للوجوب أم لا. ثم الوصية تنقسم إلى مَا يُفيد الأمر بتنفيذ تَصرّف الموصي ومقاصده. وإلى ما يفيد ولايَةً للغيْر في إنشاء مقاصد الموصي في ماله أو ولده:

(1) في (د): لتدحر، وفي (ي): ليوفر الحاجة الصغير، وهو خطأ.

(2) في (د): اتصاله. وفي (ي): ايضاله الآن ولمستحقه، وفيه تصحيف.

القسم الأول

وهو الأمر بتنفيذ تصرف واقع قبل الموت، وفيه بابان:

الباب الأول

في أركانه، وهي أربعة:

الركن الأول، الموصي، وفي **الجواهر**: تصح الوصية من كل حر مميِّز مالك، فتبطل وصية العبد لأنّ ماله للسيد، والحر جعل له ثلث ماله يوصي به، وتبطل من المجنون والصبي الذي لا يميِّز لأنهما مسلوبا العبارة[1] وأهلية التصرف قياساً على البَهائم. وتصح من السفيه المبذر وكذلك الصبي المميِّز إذا عَقَل وجه الفرق وأصَاب الوصية بأن لا يكون فيها تخليط، وتنفذ وصيةُ الكافر كما تنفذ صدقته إلا أن يوصي بخَمر أو خنزير لمسلم لعدم قَبول ذلك للملك. ولا تُنفَّذ وصية المرتد وإن تقدمت ردّتُه الوصيةَ. لأنّ الوصية إنما تُعْتَبر زمنَ التمليك وهو زمن الموت، وقاله (ش) في الجميع.

قاعدة: تنفيذ تصرفات المكلَّفين إنما هو وسيلة لبقاء نفوسهم فإنّ بقاء العين مع تعذر كل المقاصد محال، والمرتد أسقط الشرع حُرمةَ نفسِه ودَمِه، فتصرفاته بطريق الأوْلَى.

قاعدة: تعرف عند الأصوليين بجمع الفرق، وهو أن يقتضي المعنى الواحد حُكميْن مُتَناقِضَيْن كالسفه يُوجب ردّ تصرفات السفيه والصبي صَوناً لمالهما على مصالحهما، وتنفذ وصيتهما صوناً لمالهما على مصالحهما، لأنّ الوصية تثمر خيراً لهما

(1) كذا في (د) والكلمة في (ي) مطموسة في الصورة لا تقرأ.

في الدار الآخرة، ولو ردّت لأخذ المال[1] الوارث، فصون المال على المصالح اقتضى تنفيذ التصرف وردّه، وهما حُكمان مُتناقضان، وفي **الكتاب**: تنفّذ وصية ابن عشر سنين لأنّ عمر[2] بن الخطاب رضي الله عنه قيل له عن صبي ابن عشر سنين، غريب بالمدينة ومعه ابنة عمه، وله ماله، ولا وارث له. فأمره عمر أن يوصي لابنة عمه، فأوصى لَهَا ببئر جُشَم فبيعت بثلاثين ألفاً فأجازه عمر رضي الله عنه. قال اللخمي: قال محمد: تجوز من ابن عشر سنين، وقال أشهب: إذا عَقَلَ الصلاة، وقاله مالك، وقال عبد الملك : إذا كان مُراهِقاً ومال إلى التقَرُّب إلى الله تعالى.

فرع

قال التونسي: إذا ادَّانَ المَوَلَّى عليه ثم مات لم يلزم إلاّ أن يوصي به، وقد بلغ مال الوصية فتجوز في ثلثه لعدم لزومه، وقال ابن كِنانةَ: إنْ لم يسمِّ إلا ذلك الديْن فمن رأس ماله، لأنّ الأصل ردّ الديون، قال صاحب **المنتقى**: له الوصية به من ثلثه[3]، ويقدم على الوصايا، قال ابن كنانة: إن أوصى به في رأس المال[4] لم تمض لِعدوله به عن الوصايا، قال ابن القاسم: للسفيه تدبير عبده في المرض، فإن صحّ بطل كالوصية والتبرع، وأبطله أشعب مطلقاً، لأنه ليس وصيةً بل بتلاً، وتبتّل[5] السفيه باطل وجوزه ابن كنانة إن قلَّ الثمنُ وإلاّ فَلا.

فرع

قال: قال: لو أوصى الصبي إلى غير وصيه بتنفيذ وصاياه، منع ذلك، ويتولى

---

(1) (المال) سقط من (ي).

(2) الأثر رواه مالك في (الموطأ) في الوصية، باب جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه، عن عمرو بن سليم الزرقي، قال: قيل لعمر بن الخطاب. ورواه الدارمي في (السنن 424/2) قال الحافظ ابن حجر في (فتح الباري 263/5): هو قوي فإن رجاله ثقات، وله شاهد.

(3) في (ي): له الوصية به في ملائه. وهو تصحيف، والصواب ما أثبتنا كما في (المنتقى 155/6).

(4) في (ي): ماله.

(5) في (د): غير منقوطة، وفي (ي): وتلبل.

الوصي، لأنه لا يتمكن من عزله[1].

فرع

قال صاحب **البيان**: قال سحنون: ليس للنصراني من أهل العنوة ولا من أهل الصلح الذين عليهم الجزية[2] كل واحد[3] على جمجمته شيء يؤديه عن نفسه، ولا يؤخذ غنيُّهم بمُعدِمِهم؛ أن يوصي إلا بثلثه[4] لأن المسلمين ورثته بخلاف المصالَحين على أنّ[5] على جملتهم شيء معلوم لا ينقص بموت أحدهم ولا بعُدمه، لأنّ مال الميت لأهل خَراجه يستعينون به فيه، قال صاحب **المنتقى**: قال ابن القاسم: إذا أوصى للكنيسة بماله كله ولا وارث له دفع للأسَاقِفَةِ الثلث يجعلونَه حيث أوصى، والثلثان للمسلمين، أما مَن هو من أهل الصلح الذين المال على جملتهم ولا ينتفعون بِمَوتِ مَن مات ولا إعدام مَن افتقر، فله الوصية بماله كله لأنّ ميراثه لهم عند ابن القاسم، وقال ابن حبيب: ميراثه للمسلمين إذا لم يكن له وارث من أهل دينه، وقد قيل في أهل العنوة: مالُهم للمسلمين ولا وصية لهم في ثلث ولا غيره، لأنهم في حكم العبيد المأذون لهم في التجارة.

نظائر: قَال صاحب **الخصال**: أربعة تجوز وصاياهم دون تصرفاتهم، الصبي، والصبية، والمحجور عليه، والأحمق، والمصاب الذي يُفيق[6] أحياناً في تلك الحال، وقال (ح): وصية الصبي غير نافذة قياساً على تصرفاته في الحياة، وهو أحد قولَي الشافعي[7] والفرق يُعرف مما تقدم، وخالفنا في العبد والمدبر والمكاتب وأم الولد لأنهم لا يملكون عنده.

---

(1) هذا الفراغ سقط من (د).

(2) (الجزية) سقطت من (ي).

(3) في ي): كل واحد منهم.

(4) في (د): بثلاثة، وهو تصحيف.

(5) في (ي): بخلاف الصالحين على جملتهم بشيء.

(6) في (د): يعتق.

(7) في (ي): (ش).

الركن الثاني: الموصَى له. وفي **الجواهر**: يصح لكل مَن يصح له الملك ويتصور، فلو أوصي لحمل امرأة فانفصَل حيّاً صحت الوصية، لأنّ مصالح المال يمكن حصولُها من الحمل في المستقبل، كما جُوِّز شراء[1] الجحش الصغير وإن كان في الحال لا يحصل[2] منه مقصود الملك بل باعتبار المآل، ولو أُسقطته بعد موت الموصي ولم يستْهِلَّ صارخاً بطَلَت الوصية لانكشاف الغيب عن بطلان أهلية الملك، وقاله في **الكتاب** ولو أوصى لحمل سيكون صحّ لتوقع الإنتفاع كبيع الرضيع.

فرع

قال اللخمي: تجوز وصيته لعبده وعبد وارثه إذا لم يكن معه وارث سواه لأنه له انتزاعُه، فليس فيه ازواء[3] عنه، وإن كان معه وصايا حَاصٌّ بوصيته، وإن كان معه وصايا جازت فيما قَلَّ نحو الثوب والشيء الخفيف لعدم التهمة، وبأكثر من ذلك لقضاء[4] دَين عليه، والقضاء يزيد في ثمنه الشيء اليسير، لأنه لا يتهم في الوصية لسيده الوارث حينئذ، وتجوز وصيته لمدبره وولده وأم ولده باليسير، وللمكاتب بالكثير لكوْنه أحزر ماله كالأجنبي إن كان يقدر على أداء كتابته من غير الوصية، قال أشهب: فإن لم يقدر إلا من الوَصية والأداء أفضل لسيده امتنع، أو العجز أفضل جازت لعدم التهمة، قال: وأرى الجواز مطلقاً لأنّ القصد الخروج من الرقّ، فقد اختلف فيمن زوج أمته في مرضه وضمن الصداق: فقيل: الضمان جائز وهي وصية للزوج، وإن كانت المنفعة تصير للإبنةِ، وقيل: يمتنع، وقال (ش): الوصية لعبد الوارث وصية للوارث، لأنّ العبد لا يملك عبده فتمتنع، وكذلك الوصية لعبد بنفسه لأنّ وقت نفوذ الوصية ملك للوارث، بخلاف أم

---

(1) في (ي): جوز (ش) الجحش. . . وهو تحريف.

(2) في (ي) يصلح.

(3) في (د): اروا.

(4) في (د): القضاء.

الولد والمكاتب والمدبر، والوصية عنده لعبد الغير وصية للسيد، ويقبل العبد دون إذن سيده قياساً على تملكه بالأسباب الفعلية كالصيد والاحتطاب، قال اللخمي: وإذا أوصى لعبده أو لعبد وارثه لا ينتزع الورثة ولا سيد العبد الوصية لأنه يؤدي إلى بطلانها، وإن يبع بيع بماله[1]، وللمشتري الانتزاع لعدم منافاة الوصية، وقال أشهب: بتفريد[2] العبد حتى ينتفع بها ويطول زمان ذلك، ولا ينتزعونها إن باعوه قبل الطول، قال: والأحسن عدم الانتزاع مطلقاً لأنه قصد الموصي، قال: وكذلك المشتري لأنّ البيع على أن ينتزع كانتزاع الوارث، وأجاز ابن القاسم إذا أوصيَ لعبد أجنبي أن ينتزع سيده. قال: والقياس عدم الانتزاع لما تقدم، وفي **الجواهر**: لا يفتقر في القبول إلى إذن سيده لأنه صحيح العبارة وإنما حجر عليه السيد.

فرع

في **الجواهر**: تصحّ الوصية للمسجد والقنطرة ونحوهما وإن لم يُملكا لأنّ الوصية للمسلمين لحصول تلك المصالِح لهم.

فرع

قال: تصحّ للذمّي كالصدقة عليه، قال: وكرهها أبُو الحَسَن للحربي ومنعها (ش) للحربي ولكل ما لا قُربة فيه لقوله[3] عليه السلام: (**إنّ الله أعطاكم ثلث أموالكم في آخر أعمالِكم زيادة في حسناتكم**) وما لا قُربة فيه لا حسنة فيه.

وجوابه: له الصرف للحربي وفي المباح حالة الحياة، ولو وهب الحربي ثلث ملكه إجماعاً فكذلك بعد الوفاة عملاً بالقياس والإستصحاب. قال صاحب **المنتقى**: تجوز الوصية[4] للذمّي والحربي، وقيل: تمتنع وقاله (ح).

---

(1) في (ي): لماله.

(2) في (د): تقرسد. وفي (ي): لقدير.

(3) تقدم تخريجه .

(4) في (ي): الموصي. وهو تحريف.

فرع

قال التونسي في كتاب محمد: لو أوصى لأخيه وارثه فوُلد[1] له ثبتت الوصية لصيرورته مَحجوباً غير وارث، وكذلك لو ظهر له حمل بعد موته، وعند ابن القاسم إنما تَبْتَتْ الوصية إذا علم[2] بِالولد حتى يكون مجيزاً لها، وأما إقراره بالدين لغير وارثٍ فصار وارثاً يلزمه لعدم التهمة عند الإقرار، بخلاف الوصية لأنّ له الرجوع عنها، فكأنه أنشأها بعد أن صار وَارثاً، وفي كتاب محمد: حمالته في مرضه عن وارثه جائزة صحّ أم لا، وولد له في مرضه، ولو مات ذلك الولد فعاد وارثاً على حاله ثبَتَتْ الحمالة، قاله أشهب، ومشهور (ش)[3] أنّ المعتبر مَن هو وارث عند الموت وقبل يوم الوصية، وروي عنه: الوصية للوارث باطلة، لقوله[4] عليه السلام: (**لا وصية لوارث**) وعند الصحة، ويتوقف على إجازة الورثة، لقول النبي ﷺ[5]: (**لا تجوز[6] لوارث وصية إلا أن يشأ الورثة**) ووافقنا في جواز البيع من الوارث بغير مُحَابَاة كالأجنبي، ومنع (ح) لأنه يخصه بعين المبيع، والورثة يستحقون ذلك، وكذلك تمتنع الوصية له بالثلث وإن كان يملك صرفه للأجانب، **وجواب الأول**: لا نسلم استحقاق الورثة للعين بل لهم الثلثان شائعان فقط. **وعن الثاني**: أنّ الوصية له بالثلث بغير الفرض المقدر له شرعاً.

فرع

في **الكتاب**: إذا أوصى لوارث وأجنبي تحاصا وحط الوارث موروثاً إلا أن

---

(1) في (ي): فذلك له، وهو تحريف.

(2) في (د): اذا لم، وهو تحريف.

(3) (ش) سقطت من (د).

(4) تقدم تخريجه آنفاً.

(5) ما بين القوسين سقط من (د).

(6) رواه الدارقطني في (السنن ص 466) وابن عبد البر في (التمهيد 130/3) والبيهقي في (السنن الكبرى 263/6) وغيرهم بأسانيد كلها ضعيفة، وحكم الألباني بنكارته في (أرواء الغليل 96/6).

يجيز الورثة، فإن لم يبتد إلا[1] هذا الوارث لم يحَاصص في ضيق الثلث وبدى[1] الأجنبي، قال يحيى بن سعيد: إن أوصى بثلثه في السبيل: فإن أراد وارثُه الغَزْو به وله ورثة غيره يريدون الغَزْو غزوا فيه بالحِصَص ليلا يختص بعض الورثة بشيء من التركة. فإن لم يرثه غيره أنفق منه في ذلك، قال ربيعة: لو أوصَتْ لبعض الورثة بوصية وفي السبيل بوصية أخرى فأجاز الزوج ثم قال: إنما أجزته رجاء أن يعطوني في وصية السبيل لأنه غاز، ليس ذلك له، وبعدما أجازه، قال صاحب **النكت**: قال بعض الشيوخ في قول سعيد يَغْزُون بالحِصَص أي بقدر كفايتهم، فإن ضَاقَ الثلث تحاصّوا بمقادير الكفاية على قدر مواريثهم، قال ابن يونس: إن أوصى لجميع ورثته وأجنبي وأنصباؤهم في الوصية والميراث سواء، فالأجنبي مقدم لتقدم الوصية على الميراث إلا أن يكون الورثة ذكوراً وإناثاً وسوّى بينهم في الوصية فيعلم أنه خصّ الإناث بزيادة على ميراثهم فيحاصص الأجنبي، واختلف في صورته فقال ابن القاسم: إذا أوصى لأبيه ولابنته وأجنبي كل واحد بمائة تحَاصص الإبنةُ بخمسين لأنها الزيادة على ميراثها لما أعطى الذكر مائة، وقال غيره: تحَاصص بثلث المائة لأن أصل ميراثها من مائتيْن لثلاثمائة فتحَاصص بالزائد، قال بن وهب: إن أوصي بثلثه لإخوته وهم شقيقانِ واخوان لأم واخوان لأب ولم يدع غيرهم، قسم الثلث ستة؛ فحصة أخوي الأب لهما لأنهما لا يرثان ويضم الباقي الى ثلثي المال ميراثاً، ولو أوصى لهم بذلك وله ابن فمات الابن قبل موته فالجواب سواء، قال مالك: إذا أوصَتْ لبعض ورثتِها فقال الزوج: بئست الوصية، وما علمت أنه لا وصية لوارث، يحلف ولا يلزمه ذلك، قال اللخمي: قال عبد الملك: ان ترك وارثاً واحداً وأوصى بثلثه لأجنبي، ثم قال: ثلثي لوارثي أو عكس ان تأخر الأجنبي فله الثلث أو الوارث فله الثلث لأنه انتزاع من الأجنبي، فجعل الثلث كالعبد المعين يوصَى به مرتين، قال صاحب **المنتقى**: قال عبد الوهاب: إذا أوصى لوارثه وأجنبي فيه تفصيل: إن كان مع الوارث وارث آخر: فعن مالك: يحاص

(1) كذا في (د) أما (ي) فالكلام فيها مطموس لا يقرأ.

الأجنبيِ في الثلث فما صار له أخذه. أو للأجنبي فميراث، وإن لم يكن معه وارث غيره يعلَم إرادة تفضيله عليه، أُو أوصى لجميع الورثة مع الأجنبي وقد استووا في الوصية وسِهام الميراث فلا محاصة.

فرع

قال الأبهري: قال مالك: إذا أوصى لوارث فباع الوارث العَيْن[1] بعد موت الموصي فللورثة الثمن لا القيمة إذا لم يُحَابِ لأنه باع بشُبْهةٍ، فإن حَابَى[2] فلكل وارث ردّ ما يخصه، وإن فات لزم البائع في ماله، فلو ابتاع ما قيمته عشرة بِعشرين من وارثه أو بالعكس: قال ابن القاسم: إن لم يُجزِ الورثةُ فسخ البيع وليس له إتمام الفضل، لأن العقد عدل به عن البيع إلى وصية لوارث، وقال أشهب: له ذلك لأنّ المنع إنما كان لأجل الفضل.

فرع

في **الكتاب**: يجوز لولد الولد إذا لم يرث، فإن مات أحدهم وولد غيرهم بعد موت المُوصي قَبْل القسمة فذلك كقوله: لأخوالي وأولادهم أو بني أخي أو لبني فلان، فهو لمن حَضَرَ القسم[3]، ولا يحسب مَن مات بعد موت الموصي، ولا يحرم المولود بعده لأنه لَمْ يُعيِّنْ أحداً، وكذلك لموالي فلان فيموت البعض (ويولد البعض)[4] ويعتق آخرون، وإن قال: لهؤلاء – وهم عشرون – فمَن مات فنصيبُه لورثته لأجل التعيين. قيل لابن القاسم: لو قال: ثُلُثي لولد فلان – وهم عشرة –: قال: قال مالك: إذا أوصى بحبس داره أو ثمرة حائطه على ولد فلان، يؤثر المُحتاجُون، ولم أسمع منه في الوصية شيئاً، وأراهما سواء. قال سحنون: وهذه المسألة أحسن من قوله فيمن أوصي لأخواله وأولادهم، وقد روى ابن وهب مثل

---

(1) في (د): المعين.
(2) في (ي): أجاب وهو تحريف.
(3) في (ي): القسمة.
(4) ما بين القوسين سقط من (د).

رواية ابن القاسم، وليس الوصية لأخواله بشيء ناجز كوصيته بغلة موقوفة تقسم إذا حضرت كل عام، ووصيته لأخواله وولد فلان بمال نَاجزٍ، وهم معروفون لِقِلّتهم ويعلم عددهم، كالوصية للمعيّنين بخلاف الحبس على بني تميم أو المساكين فهو لمن حضر القسمة، قال صاحب **التنبيهات**: تأول سحنون أنه اختلاف من قول ابن القاسم لقوله أولاً: إنما تكون لمن أدرك[1] القسم فجعلهم كالمجهولين، ولقوله أخيراً[2]: هو بينهم بالسوية أنه جعلهم كالمعنيّين المعروفين والخلاف فيه معلوم، وقال عبد الملك: يُحمل على التعيين حتى يعلم أنه أراد التعقيب. وهو قول سحنون بخلاف قوله: لبني تميم، ولأشهب قولان: أحدهما: مثل هذا، والآخر يحمل على الجهالة ويقسم على مَن حضَر دون مَن مات. ورواه عن مالك، وقاله محمد إلاّ أن يسمّيهم أو يعلم أنه قصد أعيانهم، وقال غير سحنون: ما في **الكتاب** ليسَ بخلاف، وإنما تكلم على صفة اختلاف القسم بين الوصايا والحبس، قال صاحب **النكت**: قال بعض القَرويّين: إذا أوصى لبني فلان فعلى ثلاثة أوجه: إن لم ينضبطوا لكثرتهم فلِمَن حضر القسم إتفاقاً، أو معروفين فنصيب الميت باقٍ اتفاقاً، ويقسم بالسواء بينهم، أو ينحصروا بعد مشقة فهو موضع الخلاف، قال التونسي: لو أوصى لولد فلان ولا ولد له وهو يعلم، ثم وُلد له ينبغي له أن يُوقَف ذلك حتى يكبَرَ وينتفع ويوقف لغيره حتى ينتفعوا لأنهُ لما علم عدم الولد فقد قَصَدَ نَفْعَ الذرية بجملتهم فلا يختصّ بالانتفاع بعضهم حتى ينقرضوا فيكون لورثتهم، وحكي عن بعض الناس أنه لأول ولد بتلا[3].

فرع

قال التونسي: إن أوصى لقرابته أو لأهله، قيل: هم عصبته[4] دون أخواله

---

(1) في (ي): أراد.
(2) في (د): أحراهم.
(3) في (ي): هلك.
(4) في (ي): عصبة.

وأخته وابن أخته إلاّ أن لا تكون له قرابة إلاّ من جهة النساء فذلك قرينَةٌ دالّة على إرادتهم، وقال أشهب: يدْخل من تقدم لصدق الإسم عليه. وفي **المنتقَى**: قال أشهب: لا يدخل قرابته الوارثون، ويدخل النصارى[1] لأنه عُرف الإستعمال.

فرع

قال: إن أوصي لمواليه: حمله ابن القاسم على الأسفلين لأنه المفهوم من كلام الناس عنده، وقسمه أشهب بين الأعلَيْن والأسفلَين نِصفَيْن إن كان[2] الأعلونَ ثلاثة فأكثر، فلو كان أحدهما ثلاثة والآخر عشرة وقسمته إنما هي من باب الشكّ بأن[3] تكون لهؤلاء وَتَارةً تكون لهؤلاء فهو كمال[4] تداعياه الجميع يقسم بينهما[5] نصفين، فإن كان أحدُهما ثلاثة والآخر أقل فهو للثلاثة، لأنّ الأولَ لا يسمّي موال[6]، وإن كانا[7] اثنين اثنين أو واحداً واحداً فهو لجملتهم لاشتراكهما في عدم صدق الإسم عند الإنفراد، فدلّ هذا على أنه أراد جملتهم، فإن كان له أنصاف موالي أُعطُوا نصف ما يعطى المَوَلَى[8] الحر كله، وقال: لعلّه يريد أنه أعتق نصفاً وأعتق غيره[9] نصفاً، وإذا اجتمع موالٍ من قبل الأب وموالٍ من قبل الأم قدم الأقرب فالأقرب من مواليه، ويعطى الآخرون منه إن كان في المال سعة، ويؤثر الأحوج وإن بعُد، وقيل: يدخل فيه موالي الموالي، قال ابن يونس: قال مالك: يدخل في مواليه أم ولده ومدبَّره والموصى بعتقه إذا عتقوا بعد موته من الثلث، بخلاف المعتَق إلى أجل والمكاتب إن سبقهم القسم، فإن أديت

---

(1) في (ي): المصري، وهو تحريف، ولم نعثر على النص في (المنتقى) المطبوع.
(2) في (ي): إن كانوا الأعلون. وهي لغة ضعيفة.
(3) في (ي): بأنه يكون لهؤلاء تارة يكون لهؤلاء.
(4) في (ي): فهو كما تداعياه. ولعلّ الصواب: كما لو تداعياه.
(5) (بينهما) سقطت من (ي).
(6) في (ي): موالي.
(7) في (ي): وان كانوا اثنين اثنين.
(8) في (د): الموالي.
(9) في (ي): عبده.

الكتابة وحلّ الأجل قبل القسم دخلوا لِتناول الإسم لهم. وقال ابن القاسم: يدخلان وتوقف لهما. فإن عتقا أخذاه وإلاّ رجع إلى بقية الموالي، وقال عبد الملك: إذا لم يحلّ أَجَل المعتَق لا يدخل لأنه ليس مولى عند الوصية إلاّ أن تكون غلة تتكرر نحو[1] الثمرة فيأخذ ما وافق العتق لتحقق الوصف حينئذ، قال مالك: ويدخل موالي الموالي مع الموالي، وقال عبد الملك: إن قال: على موالي عتاقي اختص بِمَن باشَرَ عتقه، أو قال لموالي وهم يحصرون لِقِلّتهم فكذلك، وإلاّ اندرج الجميع لتناول الإسم، قال اللخمي: أدرج مالك في لفظ الموالي موالي الأجداد والجدات والإخوة دون[2] موالي بَني الإخوة والعمومة، وقال قبل ذلك: يختص بمعتَقيه وأولادهم، قال: وهو أحسن حتى يدلّ دليل على غيرهم مِن قرينَةِ حال.

فرع

قال ابن يونُس: قال أشهب: إذا أوصى لبني فلان وهُمْ أربعة يعلم عددهم أم لا، فمات بعضهم قبل موت الموصي وولد آخرون: فالوصية لِمَن بقي دون المولود والميت، ولَو سماهم لحرم المولود وآخر[3] وارث الميت لأنّ التسمية تعيين، قال محمد: إذا كانوا معنيّين وعلم أنه قَصَدَهم بأعيانهم لا يحرم الميت دون المولود، قاله مالك وأصحابه.

فرع

قال: إذا أوصى لتميم لا يدخل الموالي عند مالك، لأنّ الصفة لا تتناولهم، وخالفه أشهب لأنه العادة بخلاف قوله لبني تميم، فهذا يختصّ، لأنّ مواليهم ليسوا من بَنيهم، وسوّى عبد الملك في الدخول وقال: قد تكون قبائل لا يحسن فيها لفظ بني، نحو: قَيس وربيعة ومزينة وخُزاعة.

---

(1) (نحو) سقطت من (ي).

(2) (دون) سقطت من (ي). ولا بدّ منها.

(3) في (ي): واحد.

فرع

قال: قال أشهب: ولد عبدالله: يختص بالذكور، وبني فلان: تَعُمّ الذكور والإناث، قال ابن القاسم: لوُلْدِ فلان وهم عشرة ذكور وإناث: هو بينهم بالسويّة، لأنّ الوَلَد يتناول الذكَر والأنثى، ولفظ الإبن يختص بالذكور، ولذلك قال[1] الله تعالى: ﴿يُوصِيكُم اللهُ فِي أَوْلاَدِكُم﴾ ولم يَقُل: في أُبنائكم لتعمّ، وقال أشهب: يقسم على قدر الحاجة. وإذا قال: لبني فلان، فإذا هم بنات كلّهنّ، فهو بيْنَهنّ، وكذلك لو مات ذكورهنّ قبل[2] بعد الوصية، قاله ابن القاسم لأنّ الأنثى يتناولها لفظ البنين ولا ينْدَرِجُ الذكور في لفظ الإناث، وينْدَرِجُ بنات البنين دون أبنائهم كما يدخل ولد الولد مع الولَد.

فرع

قال : ولا يندرج ولد الصلب في لفظ الأقارب قاله مالك،فإن لم يترك غير ولد البنات وولد الخالات أعطوا، قال أشهب: يدخلون، وقد تقدّم تقريره في الحبس، وذوي رحمي وقرابتي سواء يدخل كل ذي رحِم محرم من الرجال والنساء كان محرماً أم لا، ولا يفضلوا بالقرب بل بالحاجة، ولا يدخل الوارثون لقرينة حرمان الشرع لهم، ويدخل قرابتُه النصارى، وينْدرج الموالي في لفظ الأقرب، ويقدم الأقرب فالأقرب، والأخ أقرب من الجدّ، لأنه يدلي بالبُنُوّة، قال ابن كنانة ومَتَى سَمَّاها: صدقة، فلا يعطى إلاّ المحتاج، ويدخل في لفظ الأهل والقرابة عند مالك ولَدُ البنات، وخالفه ابن القاسم، قال الطُّرطُوشي: إذا أوصى لأقاربِه أو قَرَابته أو الأقربين: روى ابن القاسم عن مالك: لا يدخل ولد البنات وولد الخالات، وروى غيره: يدخل جميعُ قرابته من الأب والأم، وعن ابن القاسم: لا يدخل القرابة من قبل الأم ولاَ بنوا البنات، قال القاضي أبو الحسن·· ة ابتي عند مالك: لولدي وولد ولدي، لا يدخل فيه ولد البنات، وقال ابن القطان: يدخلون، وقال (ح): يدخل كل ذي

---

(1) (النساء: 11).

(2) كذا في (د) والجملة مطموسة في صورة (ي)، ولعلّه: قبل تنفيذ.

رَحِم محرم إلاّ الوالدَيْن والمولودين وابن العم، وقال (ش): يدخل قرابته من قبل أبيه وأمه، وقال أحمد: يدخل قرابة الأب دون الأم ولا يتجاوز الأب الثالث ويختصّ المسلم به دون الكافر. **لنا** على الحنفية[1]: لمَّا نزل قوله[2] تعالى: **﴿وأَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ الأَقْرَبِينَ﴾** نَادَى[3] عليه السلام: **(يا عَبَّاسُ يَا فَاطمةُ، لا أُغنِـي عنكُما من الله شيئاً)** فدلّ على اندراج العم والولد في الأقربين، ولأنّ عَمود النسب أصل القرابة، والأصلُ أُولى بالإندراج، ووافقنا (ش) على أنه لو أمن في الحرب القرابة اندَرَجوا، واحتجّ بقوله [4]تعالى: **﴿الوَصِيَّةُ لِلوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ﴾** فأفردهما من الأقربين، ولأنّ[5] الولد والوالد لا يفهمان من لفظ القَرَابة في العُرفِ فلا يصرف إليهما كالأجنبي، ولأنه مال يستحقّ[6] بالقَرابة فلا يدخل فيه ابن العم قياساً على النفقة .

والجواب عن الأول: إنها أصل القرب والقرابة فكيف لا يندرجان، وإنما أفردهما لِعِظمهما كما أفرد جبريل صلوات الله على نبينا[7] وعليه في قوله[8] تعالى: **﴿وَمَلاَئِكَتِهِ وَجِبْرِيلَ﴾** وكما[9] أفرد: والإحسان، وإيتاء ذي القُربى. وكقوله[10]:

---

(1) في (ي): الحقيقة. وهو تصحيف.

(2) (الشعراء: 214).

(3) البخاري في تفسير سورة الشعراء، وفي الوصايا، باب هل يدخل النساء والأولاد في الأقارب، ومسلم في الأيمان، باب قوله تعالى: (وأنذر عشيرتك الأقربين) والترمذي والنسائي في التفسير، عن أبي هريرة.

(4) (البقرة: 180) وأولها: كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية...

(5) في (د): وأنه.

(6) في (د): مال سحنون. وهو تحريف عجيب.

(7) في (ي): صلوات الله عليه.

(8) (البقرة: 98) وقد سقط من الآية في النسختين: (ورسله) ونص الآية: (من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكائل فا الله عدو للكافرين).

(9) (وكما أفرد) سقطت من (ي).

(10) (وكقوله) سقطت من (ي). وهذه الكلمات المفردة كلها من قوله تعالى: **﴿ان الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى، وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغي، يعظكم لعلكم تذكرون﴾** (النحل: 90).

والمنكر والبغي، ونظائره كثيرة. **وعن الثاني**: لا يلزم من عدم دلالة العُرف (عليهما خروجُهما، لدلالة اللغة عليهما، كما أنّ الأخ لا يفهم من القرابة في لفظ العرف)[1] وهو يندرج، ولو صحّ قولكم لم يدخل في الأمان. وابن العم يدخل في القرابة عادةً ولغةً، فلا يدخل في الوصية باسْم القرابة. **وعن الثالث**: أنّ الإخوة لا نفقةَ لهم مع اختلاف الدين[2] ومع الغنا، ويدخلون في الوصية، ثم المعارضة بأنه مال مستحق بالقرابة فيدخل ابن العم كالميراث، وهذا القياس أولى، لأنّ الموت شرط في الميراث والوصية بخلاف النفقة.

فرع

في **البيان**: إذا أوصى لإبن السبيل: قال مالك: لا يندرج اليهود ولا النصارى لأنّ الناس لا يقصدون بوصاياهم الكفّار، والوصية للكفّار مكروهة، لأنّ المسلم أولى منه إلاّ أن يكون قريباً فلا تحمل الوصية على المكروهات.

فرع

قال الأبهري: قال مالك: إذا أوصى للفقراء وله أقارب فقراء لا يندرجون لأنه لو أرادهم لعينهم.

فرع

قال ابن يونُس[3]: ولفظ الجيران لمَن يواجهه ويلصق بمنزله مِن وَرائه وجَنبه دون مَن بينهما السوق المتسع، ويقتصر[4] في الدار العظيمة الكثيرة المنازل إذا أوصى بعض سُكانها عليها فإن شغل الموصي أكثرها ولم يكن معه غيره فالوصية لِمَن خارجها لا لِمَن فيها، وإن سكن أقلّها اختصت بمَن فيها، قال سحنون: قال عبد الملك: جوار البادية أوسع من هذا، وقد يكون الجار على أميال إذا لم يكن

(1) ما بين القوسين سقط من (ي).
(2) في (ي): الدينين.
(3) في (ي): ابن القاسم.
(4) في (ي): لينتصر.

دونه غيره إذا جمعهم المأوى والمسرح، وقال سحنون: كل قرية صغيرة ليس لها اتصال بالحارات[1] فهم[2] جيران، قال عبد الملك: وإذا أوصى لجيرانه إنما يعطى الجار الذي له المسكن والزوجة وولده الكبير البائن عنه بنفقته، ولا يعطى الصغير والبنت البكر ولا خدمهُ ولا ضَيف ينزل به، ويعطى الجار المملوك إذا سكن بيتاً على حدة كان سيّده جاراً أم لا، وقال سحنون: يعطى الولد الصغير والبكر بالإجتهاد.

فرع

قال اللخمي: إن أوصى لولد فلان ولا ولد له إلاّ حَمل، حملت الوصية عليه، فإن أسقطته أوْ ولد ميتاً سقطت الوصية ولا شيء لمن يولد بعد، وإن لم يكن حَمل والموصي يظنّ أنّ له ولداً بطلت الوصية لعدم المحل، وإن كان عالماً حُملت على مَن يولد بعد، فإن كثروا فمن ولد تجرله بذلك المال، وإن ولد آخر تجرله مع الأول، ومَن بلغ تجر لنفسه، فإن حسن أوضاع منه شيء حتى التجربة لم يضمن، لأنّ الميت رضي بالوصية مع تَوقّع ذلك والصغير لم يضمن ذلك، فإذا بلغ وتجر لِنَفْسِهِ ضمن الخسارة والسلف لأجل وضع يده.

فرع

قال: ولو أوصى لميت لا يعلم بموته بَطَلَتْ الوصية لعدم المحل، أو يعلم وصي[3] وفيَ بها دينَه وورثت عنه. قاله مالك: لأنّ ذلك مقصد الموصي ويقدر تقدم[4]ملكه قبل موته كما يقدّر ذلك في دية الخطأ فإنّها تورث، ولا يملكه في الحياة لبقاء الرّوح[5]، وعنه: الوصية باطلة لعدم من يصلح للملك. وقاله الأئمة قياساً على الوصية للجهاد.

---

(1) في (د): في الحارات.

(2) في (ي): وهم. وهو خطأ.

(3) في (د): ووصي.

(4) في (ي): يقدم.

(5) في (ي): الزوج. وهو تصحيف.

فرع

قال: إذا قال: لآبائي، دخلتْ الأجداد والأمهات والجدّات كما يُقال للناس: أولاد آدم وحوّاء، فإن لم يجز الورثة للآباء خُوصص الأجداد والجدات بما ينوبهم[1] وكان نصيبهم ميراثاً، وتندرج[2] في الأعمام العمات من كل جهة كالأم[3] مع الأب لأنّ هذه مجازات عالية[4] والألفاظ تحمل على العوائد وتندرج في عصبتَي نسَب الأب الذكور وإن بعدوا دون الإناث، لأنّ التعصيب من المعاوضة[5] والتقوية، ومنه عصب الحيوان، وذلك مختصّ عادَةً بهؤلاء دون مَن هو من قبل الأم.

فرع

قال: والأهل والآلُ سواء لأنّ الهمزة بدل من الهاء كما في قوله[6] تعالى: ﴿هَا ؤُمُ اقْرَؤُا كِتَابِيَهْ﴾ أي هاكم فهم[7] العصبة والأخوات والعمات دون الخالات، قاله ابن القاسم، فجعله لمن كان من قبل الأب الذكور والإناث (دون مَن هو من قبل الأم، وقال مطرف: يدْخل الأخوال والخالات وبَنوهم الذكور والإناث[8]) وبنو البنات ذكورهم وإناثهم.

فرع

قال: وقوله: إخوتي، يتناول الأشقاء والأب والأم لأنّ الأخوة هي المساواة في صفة، ومنه قوله[9] تعالى: ﴿كلَّما دخلَتْ أمةٌ لَعَنَتْ أُختَها﴾ أي المساوية لها

---

(1) في (د): ينوبهم.

(2) في (د): وتندرج.

(3) في (ي): والأم.

(4) كذا ولعلها : عادية .

(5) كذا ولعلها : المعاضدة .

(6) (الحاقة: 19).

(7) في (ي): وهم.

(8) ما بين القوسين سقط من (ي).

(9) (الأعراف: 38).

في صفة الكفر، وقولُه تعالى[1] ﴿وَمَا نُرِيهِم مِن آيَةٍ إلاّ هي أكبرُ من أختِها﴾ لاستوائهما في صفة الدلالة، وتقول: هذه النخل أخت هذه، والأخوة مستوية إمَّا في صفة الخروج من الظهر أو من الرحم أو منهما، وهم الأشقاء، فلفظ الإخوة يشمل الجميع.

فرع

في **الكتاب**: لولد فلان، عالماً بأنه لا ولدَ له، ينتظر أيولد له أم لا، ويساوى فيه بين الذكور والإناث لعدم اختصاص اللفظ، وإن لم يعلم فهي باطلة لعدم مَن يملك، قال ابن يونس: قال أشهب: إذا مات الموصي ولا ولد للموصَى لِولده بَطَلَت الوصية، علم بأنّ له ولداً أم لا، وإن ولد له بعد ذلك إلاّ أن يكون له[2] له حمل يومَ موت الموصي لأنه مات ولم يحرم[3] بنقل ماله لأَحَدٍ، وعن ابن القاسم: إذا أوصى لبني فلان فلم يوجد لهم ولد: رجعت ميراثاً لعدم المحل، والوصية لغير شيء باطلة إجماعاً، وعنه: إذا أوصى لفقراء بني عمه فوجدوا أغنياء فليوقف عليهم فمَن افتقر دُفع له وإن لم يفتقرْ[4] أحد رجعت ميراثاً.

فرع

قال صاحب **البيان**: الفخذ أَعَمّ من الفصيلة وأخصّ من البطن، والقبيلة والبطن أخصّ من القبيلة، وقد تقدّم تعامل هذه الألفاظ والخلاف فيها في الوقف، والوصية تتخرّج عليه.

فرع

في **الجواهر**: إذا أوصى لحمل فلانة فولدت اثنين وزعت عليهما بالسوية،

---

(1) (الزخرف: 48).

(2) (له) سقطت من (ي) ولا بدّ منها.

(3) كذا في النسختين، ولعلّها: يجزم.

(4) في (ي): ينعدم.

وإن اختلفا بالذكورة والأنوثة، كمن أوصي لأولادها الموجودين، ولو قال: إن كان في بطنها غلام استحق دون الجارية. ولو أوصى للفقراء دخل المساكين وبالعكس لإطلاق الإسم عليهما، ولقوله[1] تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾. وتجوز للفقراء إجماعاً، ولو أوصى لزيد وللفُقَراء لا يستحق النصف بل بقدر الحاجة في حاله لأنه لو حطت[2] الشركةلم يحصل له شيء لأنّ عدد الفقراء غير مُتَناهٍ، فإن مات قبل القِسمة فلاَ شيء لورثته لأنه أسوة أحد الفقراء، قاله محمد.

فرع

قال صاحب **المنتقى**: لا يمين على الموصَى له أنّ الوصية ليست على وجه التوليج، ووجه ذلك أنها يمينُ تهمَة، وإذا صرف الوصية للوارث جازَ للوارث أخذها لأنها هبة منه، قاله أصبغ سواء كان الموصَى له غَنِيّاً يظنّ أنّ الوصية تمسه أم لا، لأنّ الوصية تكون للفقير والغني.

فرع

قال: قال ابن القاسم: إذا أوصى لأمّ ولده وله منها ولد صح ولا تكون وصية لولده وقصداً منه لغناه لأنه قد يموت فيرثه، وكذلك إذا أُوصَتْ لابن زوجها من غيرها، ولا يرد الوصايا سُوء الظن، وقال[3] أصبغ: وكذلك وصيتُه لولَدِهِ وَلَدِ وأبوه حَيٌّ وارث، ولا يَحْلف: ما وصى في هذه المسائل للوارث. قاله أصبغ، قال: ويجري فيها الخلاف في عين التهم، ولو حقق وارث عليه الدعوى حَلف قولاً واحداً.

فرع

قال: قال ابن القاسم: إن أوصت لزوجها وقد طلّقها: إن علمت بذلك جاز

---

(1) (المجادلة: 4).

(2) كذا في (د) وهي مطموسة في صورة (ي) ولعلّها: حصلت.

(3) (وقال أصبغ) سقطت من (ي).

وإلاّ فلا لأنها ظنت أنه وارثها، وأجازها أشهب مطلقاً نظراً لظاهر الوصية، ولأنّ القصد النفوذ وهو الأصل من العقلاء.

فرع

في **الجواهر**: إذا أوصى لوارث فحجب عن ميراثه، أو لغير وارث فصار وارثاً فالإعتبار بالمآل، إن كان الموصي عالماً بتغيّر حال الوارث لأنّ الوصايا إنما تعتبر عند الموت، فإن لم يعلم صحت عند أشهب دون ابن القاسم.

فرع

قال الطُّرطوشي: إذا أوصى لقاتل بعد جرحه عمداً أو خطأً وعلم أنه الجاني أم لا، يصح في الخطأ في المال والدية، وفي العمْدِ في المال دون الدية، لأنها في العمْدِ غير معلومة له، والوصية تختص بالمعلوم، فلو تأخرت الجناية العمْدُ عن الوصية بطلت في المال والدية معاقبةً له بنقيض قَصْدِهِ، وإن تأخرت الجناية[1] الخطأ فالوصية في المال دون الدية، وقال (ح): لا تصح الوصية للقاتِل عمْداً ولا خطأً، وعند (ش) قولان، لنا: قوله[2] تعالى: ﴿**فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ**﴾ وإبطال الوصية تبديل، وقياساً على غيره، ونَقْل ملك فينعقد سَبَبُه للقاتل كالبيع والهبة، **واحتجوا** بقوله[3] عليه السلام: (لاَ وصيةَ للقاتل) ولأنّ الوصية تتعلق بالموت فيَمنعها القتلُ كالميراث، وبه يظهر الفرق بينهما وبين البيع والهبة، لأنهما[4] لا يتعلقان بالموت، ولأنّ الموصى له شريك الوارث، لأنهما نصيبهما يزيدان بزيادة المال وينقصان بنقصانه، فَيكون كالميراث في منع القتل[5]

---

(1) في (د): جناية الخطأ.

(2) (البقرة: 181).

(3) رواه الدارقطني (4/236-237) والبيهقي (6/281) عن علي رضي الله عنه وسنده ضعيف جداً، ولفظه: ليس للقاتل وصية.

(4) في (د): لأن.

(5) في (ي): العدل اذا،

إياه. والجواب عن الأول: أنه غير[1] معروف. سلمنا صحته لكنه محمول على الوصية الشرعية وهي الميراث وهو[2] يسمى وصية، لقوله[3] تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ صوناً للآية عن التخصيص. **وعن الثاني**: الفرق بين القتل العمْد والميراث، أما الخطأ فلا يمنع عنده أنّ الكفر والرقّ يمنعان الميراث دون الوصية فالميراث أقوى، ولأنه بالقتل مستعجل للميراث بخلاف الوصية فَعُوقِبَ[4] بنقيض قصده، ولأنّ الميراث ملك ضروري، فلو أثبتناه للقاتل صار مكتسباً. وهو **الجوَاب عن الثالث**.

نظائر، قال صاحب **الخصال**: خمسة تبطل ما[5] وصي لهم به: الوارث، وقاتل العمدِ إلاّ أن يعلم المقتول بذلك قبل الوصية، والقاتل خطأً تبطل وصيته من الدية دون المال إلاّ أن يعلم الموصي بذلك قبل الوصية فتجوز في المال والدية، والموصَى له يموت قبل موت الموصِي، والموصى له يريد[6] في حياة الموصي بعد الوصية.

الركن الثالث: الموصى به، وفي **الجواهر**: هو كل مقصود يقبل النقل ولا يشترط كونُه موجوداً أو غنيًّا، بل تصح (بالحمل وثمرة الشجرة والمنفعة، ولا كونه معلوماً أو مقدوراً عليه، بل تصح بالحمل والمغصوب والمجهول، ولا كونه معيَّناً[7]) بل تصحُّ بأحد العبدَيْن، ولا تصِحّ بما لا يقبل الملك كالخمر والخنزير لعدم قبوله للملك، والوصية بغلة ملك، ووافقنا الشافعي[8]. و(ح) في الوصية بخدمة العبد سنة، ومنعه ابن أبي ليلى وجماعة لأنّ المنافع تتجدد على ملك الوارث، ومنع (ح) الوصية بما لم يدخل في ملكه إلى الموت لعدم قبول المحل

---

(1) (غير) سقطت من (ي). ولا بدّ منها.

(2) في (ي): ويسمى وصية.

(3) (النساء: 11).

(4) في (ي): فعوقب به بنقيض.

(5) في (ي): وإن وصى لهم به.

(6) في (ي): يزيد.

(7) ما بين القوسين سقط من (ي).

(8) في (ي): ح وش.

لنفوذ[1] التصرف ونحن نجيزه قياساً على النذر.

قاعدة: العقود أربعة أقسام: قسم مشتمل على المعاوضة كالبيع والإجارة، وغير مشتمل، كالهبة والوصية، ومشتمل على طريق التبَع لمقصد آخر كالنكاح مقصده[2] المودة والائتلاف واستبقاء[3] النوع الإنساني في الوجود للعبادة، لقوله[4] تعالى: ﴿**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً**﴾ فصرح بحكمة الزوجية، وغير مقصود أصلاً في ذلك التصرف كالطلاق، فإنّ العوض فيه غير مقصود في أصله النية، ويَقع فيه لغرض الفداء[5] من الضَّرر لا للطلاق، فمنع الشرع من الغرر والجهالة في القسم الأول لأنّ مقصودَهُ تنمية المال وهما يخلان بالحزم بضبطهما بل هما مظنة تعددها[6]، وهذا القسم (**هو الذي ورد فيه النهي عنهما كنهيه[7] عليه السلام عن بيع الغرر، وبيع المجهول، والقسم الثاني[8]**) يجوز فيه الغرر والمجهول إذْ لا غَبْنَ، ولا يحسن لعدم المعاوضة، وأقل الأحوال أن لا يحصل له شيء فلا ضرر، والقسم الثالث: منع فيه ما عَظُمَ من الغَرَر دون قليله كما تَقَدَّمَ بسطُه في النكاح لأجل اشتراطه في أصْله، فلو جوز الغرر مطلقاً أهمل[9] الشرط، والرابع، يجوز فيه الغرر أكثر من الأول لعدم اشتراط العوض في أصله.

---

(1) في (د): النبوذ التصرف.

(2) في (ي): مقصوده.

(3) في النسختين: واستيفاء. وهو تصحيف.

(4) (الروم: 21).

(5) في (د): العرا من الصور. وهو مصحف.

(6) في (ي): بقدرهما.

(7) النهي عن بيع الغرر رواه مالك في (الموطأ) في البيوع، باب بيع الغرر، ونحوه في مسلم في البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، عن أبي هريرة. وفيه النهي عن بيع الحصاة، وهو بيع المجهول.

(8) ما بين القوسين سقط من (ي).

(9) في (ي): أهمل فيه.

فرع

في **الكتاب**: إذا زاد على ثلثه جاز منه الثلث، لقوله[1] عليه السلام في الحديث المتقدّم أول الباب: (الثُّلثُ وَالثُّلثُ كَثِيرٌ) وإذا زادت المرأة على الثلث فرد الزوج الزائد بطل الجميع عند مالك لفساد العقد، والفرق من وجهين: أنّ المريض غالباً يقصد البر لا الضر ر بخِلافها وهي متمكنة من إنشاء عَقدٍ آخر بخلافه، لأنه قد مات، وإن أوصى بعبد قيمته ألف، ولآخر بدار قيمتُها ألف وتَرَكَ ألفاً ولم يُجز الورثة، فالثلث[2] بين الموصى لهما، لهذا نصف العبد ولهذا نصف الدار، قال ابن يونس: مَن لا وارثَ لَه، لا يوصي بماله كله، لقوله[3] تعالى: ﴿وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَالِيَ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ﴾ فليس أحد إلاّ وله وارث عُرِف أو جُهِل، وعن ابن القاسم: مَن لا وارث له يَتصدّق به إلاّ أن يكون الوالي عمر بن عبد العزيز يُخرجُه في وجهه فيدفع له.

نظائر، قال أبو عمران: الثلث في حد القلة في ست مسائل: الوصية، وهبة المرأة ذات الزوج إذا لم ترد الضرر، واستثناء[4] ثلث الصبرة إذا بِيعَت، وكذلك ثلث الثمار والكِباش، والسيف إذا كان حِليتُه الثلثَ يجوز بيعه بِجِنس الحِليَة، والثلث في حيز الكثرة في ثلاثة مواضع: جائحة الثمار، وحمل العاقلة الدية، ومعاقلة المرأة للرجال، قال العبدي: وهو قليل في الطعام يستحق منه أو ينقص في الشراء عند أشهب[5]، وكذلك النصف عندهُ، وفي استثناء[6] الأرطال من الشاة، وفي الدالية تكون في دار الكراء، قال اللخمي: اختلف إذا زاد على الثلث يسيراً فقيل[7]: إذا أُوصى بعبده إن وسعه الثلث وزادت قيمتُه[8] على الثلث ولا يتبَع

---

(1) تقدم تخريجه.
(2) في (ي): والثلث.
(3) (النساء: 33).
(4) في (ي): واستثنى بثلث.
(5) (عند أشهب) سقطت من (ي).
(6) في (د): وفي الاستثناء الأرطال، وهو لحن.
(7) في (د): فقال.
(8) في (ي): وزادت القيمة يسيراً ولا يتبع.

بشيء، وقيل: يكون بذلك القدر رقيقاً، وقيل: يرقّ جميعُه لقول الميت: إن وَسِعَه[1] الثلث ولم يسعه، وقيل: مَن لا وارث له تُمضَى وصيته بكل ما له، وحكمُ الوارث المجهول حُكم العَدَم، والخلاف إذا أوصى به للأغنياء أو وجه لا يصرفه الإمام فيه، أما للفقراء وما[2] يصرفه الإمام فيه فلا تغيّر الوصية، لأنها جائزة[3]، واختلف إذا مات عن غير وصية: هل يجري مجرى الفَيء وتحلّ للفقراء والأغنياء قياساً على اللُّقَطة، أو تكون مقصورة على الفقراء لأنّ ثَمَّ وارثاً مجهولاً يتصدق[4] به عنه؟ وقال ابن نافع: إذا اشترى أخاه في مرضه لا يعتق إلاّ ما حمله الثلث إلاّ أن يكون له وارث فيعتق من ماله كله. ويأخذ الفضل، وأباه ابن القاسم ورأى أنه لا يرث لأنه لم يحمله الثلث، قال الطُّرطوشي: إذا أوصى بماله كله ولا وارث له بَطَل الزائد على الثلث، وقيل: يجوز، وهذا كله إذا كان[5] للمسلمين بيتُ المال[6] وإلاّ صَحَّت الوصية، وقيل: يكون للموصَى له الثلث والباقي للفقراء، وقال (ش): تبطل، وَهل للإمام إجازتُها كالوارث؟ قولان، وقال (ح): تنفذ الوصية في الجميع، ولأحمد قولان، وأصل المسألة: هل بَيت المال وارث عندنا أو حائز عنده؟ لنا: قوله[7] عليه السلام: (**إنّ الله أعطاكم ثُلثَ أَمْوالِكم...**) الحديث المتقدم فلم يجعل الحق إلاّ في الثلث وهو عام فيمن له وارث ومَن لا وارث له، وبالقياس على مَن له وارث، لأنه جعل مصرفاً كالوارث، ومَن أتلف له شيئاً ضمنه، والوصية إتلاف عليه، ولأنه يعقل كالوارث، ولأنّ الوصية على خلاف الأصل لأنها فيما بعد الموت، خالفناه في الثلث فيبقى على مقتضاه في

(1) في (ي): لقول الميت وسعة الثلث.
(2) في (ي): أما الفقراء وما لا يصرفه.
(3) في (د): مكان (جائزة) بياض.
(4) في (ي): فيتصدّق عنه.
(5) (إذا كان) سقطت من (ي) ولا بدّ منها.
(6) في (د): بيت مال.
(7) تقدم تخريجه آنفاً.

الزائد، ولقوله[1] عليه السلام: (**أَنَا وَارِثُ مَن لاَ وارث له أعقِلُ عنهُ وأرِثُه**) وهو الإمام الأعظم فيكون المراد بيت المال وهو المطلوب، ولأنّ بابَ الميراث أوسع من العقل، لأنّ الزوجين والنساء والصبيان يرثون ولا يعقلون، فَلأَن يرث مَن يَعقِل أولى، ويؤيده أنّ مَن قُتِلَ ولا وارث له اقتصَّ له الإمام. **احتجوا** بقوله[2] عليه السلام: (**الثلث والثلث كثير، إنك أَن تَدَعَ ورثتك...**) الحديث المتقدم، فَعَلَّل[3] المنع بحاجة الورثة، فحيث لا وارث تجوز الزيادة، ولأنه ليس لماله مستحق معيَّن فيضعُه حيث شاء كالصحيح[4] ولأنّ الإنسان لا يخلو من أبْنِ عَمّ[5] في الوجود غير أنه مجهول، فهو كلُقَطَة جهل ربُّها فيكون بيت المال غير وارث. بل يجعل فيه المال للمصالِح كاللُّقَطَة المجهول ربها، ولأنّ بيت المال يأخذه الرجل ومن يحجبه، ولو كان وارثاً لامتنع ذلك، ولأنّ الوصية لآحادِ[6] المسلمين جائزة إجماعاً، والوصية للوارث ممنوعة، وللإمام أن يَقتُلَ مَن لا وارث له لمقتوله ويأخذ ماله والقاتل لا يرث، والنساء لا يساوين الرجال في الميراث بخلاف مال بيت المال، ويُشترط وجودُ الوارث[7] عند الإستحقاق نصفه مَن يرث[8] والميراث يعمّ الورثة بخلاف بيت المال في ذلك كله.

والجواب عن الأول: أنّ المسلمين[9] ورثة فلا يعدل بالمال عنهم لأنه يضر بفقيرهم، ولأنّ علل الشرع يخلف بعضها بعضاً.

---

(1) رواه أبو داود في الفرائض رقم: 2899-2900-2901 وابن ماجه رقم 2738 وابن حبان والحاكم وصححاه عن المقدام بن معدي كرب وكذلك ابن القطان.

(2) تقدم تخريجه آنفاً.

(3) في (د): فقال المنع الحاجة. وهو مصحف.

(4) في (د): كانصح.

(5) في (د): من يزعم. وهو تصحيف.

(6) في (ي): لاجناد.

(7) في (ي): الميراث.

(8) في (ي): من يرث الميراث، وفي الكلام لَبس.

(9) في (د): ان للمسلمين.

والجواب عن الثاني: أنّ المسلمين ورثة معينة لأنّ الجهة المعينة كالوارث المعين، وإذا ثبت الدَّيْن للمسلمين بإتلاف شيء من بيت المال أو حصير[1] المسجد منع ذلك الوصية، فكذلك استحقاق الإرث، ويقتصُّ لمن لا وارث له كما يَقتصُّ الوارث المعيّن.

والجواب عن الثالث: أنّ ذلك الوارث ساقط في نظر الشرع لأنّ مَن شرط إرث النسب معرفة العرب ولذلك يورث المعتق حينئذ، واللُّقَطُ[2] يرجى ظهورُ صاحبها.

والجواب عن الرابع: أن الكل ورثة بالصفة لا بالتعيين، وحكمهما مختلف بدليل أنّ الوصية للأعيان تقتضي تعيينهم[3] كأولاد زيد، ولبني تميم، أو للفقراء لاَ يجب التعميم ولا وجود الصفة عند الوصية، بل مَن ولَد أو افتقر بعد ذلك استحق، وأما القاتل: فيصح عندنا أن يعطيه الإمام من مال المقتول اجتهاداً، وها هنا لا يهتمّ الإمام في القتل بخلاف الوارث (يُتّهم في استعجال الإرث[4]). وأما الوصية لآحاد المسلمين فلعدم تعين[5] أخذه من بيت المال بخلاف القَريب. ومساواة الذكر والأنثى فلا ينافي الإرث كإخوة الأم وميراث الولاء، ولاستوائهما ها هنا في صفة الإستحقاق وهي[6] الإسلام وفي القرابة. وإن استويا فتوقع النفع للموروث مع التعيين من الذكر أوفر، وعدم التعميم لعدم الحصر شاهده الغنيمة[7] لما كانت لمحصَرين[8] عمداً، والفيء[9] لغير معيّن فلم يعمّ، وأما أخذ الإنسان مع مَن

---

(1) في (ي): أو حصر.

(2) في النسختين: واللفظ، ولعلّها: واللُّقَط، جمع لقطة.

(3) في (د): تعميمهم.

(4) ما بين القوسين سقط من (ي).

(5) في (ي): تعيين.

(6) في (د): وبني.

(7) في (د): القسمة. . .

(8) في (ي): لمحصورين.

(9) في (ي): والقيء غير معين.

يحجبه فلعدم تعيّن أخذ حاجته بخلاف الإرث.

في **الجواهر**: اختلف هل بيت[1] المال حائز أو وارث؟ وفائدة الخلاف: انصرف إليه أو إلى ذوي[2] الأرحام؟ وهل يرد ما فضل عن ذوي السهام عليهم؟ قال الأستاذ أبو بكر عقيب كَلاَمه في هذه المسْألة: وذلك إذا كان للمسلمين بيت المال[3]، فإن لم يكن صحت الوصية مطلقاً، وقال بعض المتأخرين: للموصَى له الثلث[4] والباقي للفقراء.

فرع

قال: لو أوصى نصرانيٌّ بجميع ماله للكنيسة: قال ابن القاسم: يدفع لأساقفتِهم ثُلُثُه، وثلثاه للمسلمين، لأنهم يرثونه كما يُواسونه في فقره، فهو[5] حكم بينهم وبين ناظر الكنيسة فيحكم فيه بحُكم الإسلام.

فرع

قال الأبهري: يجوز العفو عن قتل العمد لأنه ليس مالاً، وعن الخطأ إنْ حمل الثلث الدية، وإلاّ فما حَمَل الثلث لأنه تصرفٌ في مال الورثة.

فرع

في **الكتاب**: الوصية بغير متناهي[6] كوقد مسجد وسقي ماء ونحوهما مما يفعل كل يوم أبداً، ووصًى مع ذلك بوصايا، تَحَاصص[7] للمجهول بالثلث لأنه أقصَى ما يمكن وتوقف له حصته، قال صاحب **التنبيهات**: قال أشهب: يُصرف[8] بالمال كله لأنه

---

(1) في (د): يثبت. وهو تصحيف.
(2) في (ي): أو الى ذي رحم.
(3) في (ي): مال.
(4) في (د): بالثلث. . . وهو خطأ.
(5) في (ي): فهي.
(6) في (د): الساهي لوقد. وفي (ي): كوقيد.
(7) في (ي): فحاصص.
(8) في (د): يصرب.

أعظم من المال، قال عبد الملك: إذا اجتمع مجهولان قسم الثلث بينهما على السواء لإستوائهما في عدم التناهي، وقال غيره: يُقسم على نسبة ما يخرج كل يوم لأنه سبب التفاوت، قال ابن يُونس: إذا أوصى أن يُنفق على فلان كل يوم درهم، ويتصدّق كل يوم بدرهم. ويعتق (وفرس في السبيل)[1] عمر[2] صاحب النفقة وحُوصص له بقدر نفقتِه، وللفرَسِ والعبد بالقيمة الوسَط، وللصدقة بالثلث كله أو بالمال كله على الخلاف في المجهول غير المتناهي، فإن خرج نصف وصاياهم لا تنقص[3] النفقة والصدقة على حالهما في اليوم، وإن نقصت حصة العبد والفرس أعين به فيهما[4]. قال اللخمي: قيل: يحمل المجهول على أنه وصية بكل المال، فإن أجازوه وإلاّ رَجَع الثلث لعدم تناهيه، وقيل: يُحمل على الثلث[5] ولا تر شيء. فإن اجتمع مجهولان: قيل كمجهول واحد، يجتمعان في الثلث، وقيل: لكل واحد ثلث فيخرج ثلثا المال، فإن أجاز الورثة وإلاّ رُدَّ إلى الثلث، فَعَلى الأول: نقص[6] الثلث على قدر ما يخرج كل يوم، وعلى الثاني: الثلث بينهما نصفان، وإذا قال: ينفق على زيد وأطْلَقَ: حمل على حياة المنفَق عليه تتمة سبعين سنة أو ثمانين، أو تسعين أو مائة، أربعة أقوال مبناها: قوله[7] عليه السلام: (**أعمارُ أمتي مَا بينَ السِتِّينَ إلى السَّبْعِين**) ونظراً لأقصى العوائد، فإن وصى لجماعة: قال مالك: ثمانون لكل واحد، وقال محمد: سَبْعون[8]، لأنّ الجماعة يحمل بعضهم بعضاً فيموت أحدهم قبل السبعين ويتأخر الآخر، فإن كان الموصَى له ابن سبعين: قال مالك: يزاد عشرة وعنه: يزاد عشرة، على الثمانين، ثم الميت إن

---

(1) ما بين القوسين سقط من (د).
(2) كذا.
(3) في (ي): لا تنقض.
(4) في (د): ها هنا.
(5) في (د): فلا.
(6) في (ي): بعض.
(7) البخاري في الرقاق، باب من بلغ ستين سنة فقد أعذر الى الله، والترمذي في الزهد، باب ما جاء في فناء العمر، وابن ماجة وغيرهم، عن أبي هريرة، بألفاظ متقاربة.
(8) في (ي): تسعون.

حدد النفقة تحددت أو أطلقها حملت على نفقة مثله من الطعام والكسوة والماء والحطب والثياب، قاله مالك، وقال ابن أبي حازم بسقوط الكسوة، لأنّ لفظ النفقة لا يتناوَلُهَا عُرفاً، ولا يدخل عياله معه لاختصاصه بالذكر. واختلف فيما يصير في المحاصة إذا أوصى كل شَهْرٍ بدينار مع وصايا على ثلاثة أقوال، قال محمد: إن صار له النصف أنفق عليه النصف في كل شهر، وقال مطرف: يكمل[1] له لأنه لفظ الموصي، وقال أصبغ: يدفع له الجميع بتلاً، قال: وأرى أن ينظر قصد الميت: إن أراد بالتقسيط خشية تبْذيره قسط له مجملاً[2] لأنّ الميت قصد التوسعة، وإن قصد الرفق بالورثة ليخرجوه مقسطاً من غلات الرقاب ولا يبيعونها، عجل له الجميع، وإن أشكل لم يعجل وحمل على الظاهر. قال محمد: التعمير والنفقة من يوم الموت، فإن مات قبل أجل التعمير: قال مطرف: يكمل بالفاضل الوصايا لانكشاف[3] الغيب عن قِصر عُمره، والفاضل للورثة على الميراث، وانتقض القسم، وأرى عدم الرجوع للورثة، لأنه من الثلث فمصيبته ونقصانه على أرباب الوصايا، قال شارحُ الجلاّب: إذا أوصى بنفقة رجل مدة، فإما أن يسمي سنين، أو حياتَه، أو يطلق، ففي الأول: لا يورث بخلاف السكنى مُدةً معيَّنة، لأنّ السكنى تراد للتمليك، والنفقة تُراد لإقامة البِنْية. والثاني: لا يورث، والإطلاق محمول عليه، قال الأبهري: إذا أوصى أن ينفق على فلان عشرَ سنين: فيُعزَلُ له ذلك فيموت بعد سنة: يرجع إلى[4] ورثة الموصي، لأنه لم يرد تمليكَه جملة النفقة، بل ينفق عليه شيئاً بعدَ[5] شيء، ولو أوصى بنفقته وكسوته سنةً فمات قبلها بشهريْن لم يرجع بما تخلق[6] بخلاف الطعام، والفرق: أنّ الخلق تَبَع لأصله وأجْزاء الطعام مستقلة بأنفسها.

---

(1) في (ي): يكيل.
(2) في (ي): مكيلا.
(3) في (د): لا سكشاه الغيب.
(4) في (ي): إليه.
(5) في (د): بعدي.
(6) في (د): تحلق.

فرع

قال اللخمي: إذا أوصى بما يضر من غير منفعة له كثوب أن يحرق، أو دار تُهدَم، أو تخلى بغير سكنى بَطَلَت، لقوله[1] تعالى: ﴿غَيْرَ مُضَارٍّ﴾ ولنهيه[2] **عليه السلام عن إضاعة المال**، فإن قصد الضرر وجعلها في قربة فيوصي لوارث بثلث مَالِهِ ويقول: إن لم يُجز الورثة فهي في سبيل الله، بَطَل الجميع لأنه قصد الضرر أو لا، فإن قال: داري في السبيل إلاّ أن يدفعوها لابني، نفذت في سبيل الله لأنّ قصده الأول قربة، فإن قال: عبدي هذا لابني فإن لم يُجزه ابني الآخر فهو حر، فهو ميراث، ولا يُعتق، وإن قال: هو حر إلاّ أن ينفذ لابني فهو كما قال لتقدم القربة، وقال أشهب: يبطل في الصورتين لأنه ضرر، وحمل قوله تعالى: ﴿غَيْرَ مُضَارٍّ﴾ على العموم، وقيل: معناه: غير مضار بالزيادة على الثلث، وقال ابن عبد الحكَم: يعتق قدَّم ذلك أواخره، لأنّ العتق قربة فيصحّ ويبطل غيره، قال: وإن أوصى لموسر أو فيما لا يراد به القربة: فالأشبه: المنع إذا أراد ضرر الورثة، وفي كتاب محمد: عبدي يخدم ولدي فلاناً حتى يبلغ فهو حر، فإن لم يجيزوا فثُلُثَي صدقة الخدمة لجميعهم، ويعتق إذا بلغ الوارث إن حمل الثلث، لأنه عتق معلّق على شرط.

فرع

في **الكتاب**: إذا أوصى بالحج عند موته، يحج عنه مَن قد حجّ أحبّ إليّ، وغيره يجزيء، وتحج المرأة عن الرجل وبالعكس، بخلاف الصبي ومَن فيه بقية رق لأنه لا حَجَّ عليهم، ويضمن الدَّافعُ إليهم إلاّ أن يظنّ أنّ العبد حر، وقد اجتهد لأنّ الواجب عليه الإجتهاد، وقال غيره: لا يسقط الضمان بالجهل، لأنّ الجهل

(1) (النساء: 12).

(2) وذلك فيما رواه مالك في (الموطأ) كتاب الكلام، باب ما جاء في إضاعة المال وذي الوجهين، ومسلم في (الصحيح) كتاب الأقضية، باب النهي عن كثرة المسائل الخ عن ابي هريرة مرفوعاً: ان الله يرضى لكم ثلاثاً، ويسخط لكم ثلاثاً، يرضى لكم ان تعبدوه ولا تشركوا به شيئاً، وان تعتصموا بحبل الله جميعاً، وان تناصحوا من ولاه الله امركم، ويسخط لكم: قيل وقال، واضاعة المال، وكثرة السؤال.

والعلم في ضمان الأموال سواء إجماعاً، فإن أوصى أن يحجَّ عنه عبد أو صبي نفذ كما لو أوصى له بمال، ولو لم يكن ضرورة نفذت الوصية لحجة التطوع، ويدفع له ذلك إن أذن السيد للعبد والوالد[1] للولَد، ويمتنع إذن الوصي إن خِيف على الصبي ضيعَة، ويجوز إن كان يَظن[2] كإذنه في المتجر، وقال غيره: لاَ يأذن له الوصي في هذا لقوة[3] الغرر، قال ابن القاسم: فإن لم يأذن له وليه وقف المال لبلوغه إن حجّ به وإلاّ رَجَعَ ميراثاً لأنه حيث أوصى لعبده أو صبي لم يرد الفريضة بل التطوع. فلو كان ضرورة فسمى معيناً فامتنع حجّ عنه بخلاف التطوع يرجع ميراثاً، كمن رد وصيته[4]، وقال غيره: لا يرجع ميراثاً كالضرورة[5]، لأنّ الموصي إنما يريد في الحج نفسَه بخلاف الوصية، فإن[6] قال: أحجوا[7] فلاناً ولم يقل: عني، أعطي من الثلث قدر ما يحج به، فإن أبى الحج فلا شيء له، وإن أخذ شيئاً رده إلاّ أن يحج به، لأنه شرط، وإن أُوصى أن يَحُجَّ عنه وارث أو غيره نفذت وصيته في حج الفرض والتطوع، ولم يُزد على النفقة والكراء شيئاً، وكان مالك يكرهه، ولو قال: أعطوه ثلثي يحج به، لم يزد على النفقة والكراء خشية الوصية للوارث، والأجنبي له الفاضل لأنه أجير، قال صاحب **النكت**: قال بعض الشيوخ: إذا لم يأذن السيد للعبد لا ينتظر كما ينتظر[8] الصبي للبلوغ، لأنّ أجَلَ البلوغ معروف بخلاف العتق، وعن أشهب: ينتظر حتى يؤيس[9] من العتق، قال ابن يونس: لو كان ضرورة وعلم أنّ الوصية للفريضة وظن أنّ الصبي والعبد يجزئه: قال ابن

---

(1) في (د): والولد للوالد.
(2) في (د): نظرا، وفي (ي): إن كان يظن أكاذبه. وفيه تصحيف.
(3) في (ي): في هذه القوة الغرر.
(4) في (ي): وصية.
(5) في (د): فالضرورة.
(6) في (د): بأن قال.
(7) في (ي): حججوا.
(8) (كما ينتظر) سقطت من (د).
(9) في (د): توسر. وهو تصحيف.

القاسم: يدفع ذلك لغيرهما، والتسوية بين العبد والصبي في[1] الإنتظار أحسن، وهو مقتضى قول ابن القاسم، لأنه مقصود الموصي، قال اللخمي: اختلف في جواز العبد والصبي في الضرورة.

فرع

في **الكتاب**: إذا[2] أوصَى بأكثر من ثلثه في مرضه فَأَجازَ ورثتُه قبل موته سألهم ذلك أم لا، فمن رجع بعد موته وهو مباين عنه من وَلَد أو أخ أو غيرهما ليس له الرجوع، لأنه أسقط حقه، ومَن هو في عياله من ولَد بالغ وبنات وزوجة وابن عم فلهم ذلك، لأنّ اذنهم خوف على رده[3] ورفده إلاّ أن يميزوا بعد الموت، ولا ينفذ اذن البكر والسفيه لسقوط عبارتهما[4]، وإن لم يرجعا: قال التونسي في[5] الجواب على ما إذا استأذنهم، وفي كتاب المكاتب: إذا[6] استأذنهم ليس لهم الرجوع، قال: والأشبه إذا لم يستأذنهم وهم جائزُو الأمر، فلا رجوع لهم، ولا يلزم اجازتهم وهو صحيح، واختلف في المسافر الصحيح: فقيل: يلزمهم لأنه مظنة العَطب كالمرض، وقيل: لا، لأنه قادر على إتلاف ماله كالمقيم، قال: ولا فرق بين الصحيح والمريض، بل هم علقوا ذلك بملكهم كقولك: إن ملكتُ هذا العبد فهو حر، ولو أعتق أحدُ ورثةِ المريض قبل موته أحدَ عبيد المريض ثم مات المريض فورثه لَكَانَ حراً لتقدُّم سَبب الإنتقال وهو المرض، قال[7]: ولو وطىء جارية من مال أبيه وهو مريض لم يجز[8]، قال صاحب **الاستذكار**: في مسألة الاستيذان ثلاثة أقوال: إن كان في مرضه وهم ليسوا في عياله لزم الإذن وإلاّ فلا، وهو المشهور، وعن مالك:

---

(1) في (د): والانتظار.

(2) (إذا) سقطت من (د).

(3) في (ي): وده ولعلّه الصواب.

(4) في (د): عبادتهما.

(5) في (د): س.

(6) (إذا استأذنهم) سقطت من (ي).

(7) (قال) سقطت من (د).

(8) في (د): لم يحد. وفي (ي): لم تحر.

يلزمهم في الصحة كالمرض. وقال (ش) و(ح): لا يلزمهم لا في الصحة ولا في المرض، لأنه قد لا يموت[1] وقد يموت الآذن فلا يكون وارثاً، والإذن في غير حق لا يلزم، وفي المنتقى: إذا أذن الورثةُ حالة المرض في الوصية فأوصى ثم حجّ ومرض ومات: لا يلزمهم إذنهم عند ابن القاسم، لانتفاء السبب الذي أوجب اعتبار إذنهم، وعليهم اليمين ما سَكَتُوا رضا.

قاعدة: إذا كان للحكم سببٌ وَشَرط فوقع الحكم قبلهما: لا ينفذ إجماعاً، أو بعدهما[2]، أو بعد السبب وقبل الشرط: فمختلف فيه كـأدَاء[3] الزكاة قبل ملك النصاب لا يجزىء إذا مَلَك إجماعاً، وبعد الملك والحَول يجزىء إجماعاً، وبعد الملك وقبل الحول فيه خلاف، وإسقاط الشفعة قبل البيع[4] لا ينفذ وبعده ينفذ، لأنّ البيع سبب، والأخذ شرط، والعفو عن عن القصاص قبل الجرح الذي هو سبب زُهوق الروح، وقبل الزهوق الذي هو شرط (لا ينفذ[5]، والتكفير قبل اليمين الذي هو سبب، وقبل الحنث الذي هو شرط[6]) خلاف، وكذلك ها هنا سبب الإرث: القرابة أو النكاح أو الولاء بشرط تقدم موت الموروث، والمرض سبب هذا الشرط غالباً، فجعل كَسبب الحكم كما كان سبب شرطه، فقَبلَه لا يفيد الإذن، وبعده يفيد كما تقدّم في نظائر القاعدة.

فرع

قال التونسي: فإن أُجازوا الزيادة بعد الموت فهي كالهبة عند ابن القاسم، وإن مات الوارث قبل قبض الموصَى له بَطَلَت الهبة كموت الواهب قبل قبض الهبة، وعند أشهب: تمضى وإن مات، لأنها تنفيذ لفعل الموصي، وكذلك عنده لو أقرّ

---

(1) في (ي): قد يموت وقد يموت. وهو خطأ.
(2) (أو بعدهما أو) سقط من (د).
(3) في (د): محاوى.
(4) في (ي): المبيع.
(5) في (د): ينفذ.
(6) ما بين القوسين سقط من (ي).

الوارث أنّ أباه أوصَى لفلان فليس للمقَر له الوصية إن كانت معينة حاضرة، فإن لم تكن معينة حاضرة، أو لم يوجد في تركة الأب حاص [1] غرماء الإبن مع أنّ مذهبه: إذا أقرّ أنّ أباه أوصى بوصية وَعَلَى الإبن دين يبطل الإقرار، بخلاف إقراره بدَيْن على أبيه، وسَوّى ابن القاسم بينهما في الصحة قبل قيام الغرماء، وعند (ش): هل يبطل الزائد لأنّ النهي يدل على فساد المنهيّ عنه أو يوقف على إجازة الوارث لأنه لا يدل على الخلاف؟ فيه قولان، قال ابن يونس: قال ابن كنانة: اذن البكر المعنسة يلزمها، وليس ابتداءُ [2] الزوجة بالإذن كمن يبتدئها هو فينظر في ذلك، قال أشهب: الزوجاتُ لَسْنَ سواء، فالتي لا تَهَابُهُ لا ترجع، وكذلك الإبن الكبير في عياله خلافاً لابن القاسم. قال ابن القاسم: لو أذنوا له في مرضه ثم صح فأقرّ وصيته، ثم مرض ومات لا يلزمهم اذنهم لاستغنائهم عن اذنهم بالصحة، قال ابن كنانة: ويُحلَّفُوا مَا سَكَتُوا رضا، وإذا أَذِنوا له عند خروجه للغزو أو السفَرِ: قال مالك وابن القاسم: يلزمهم، وقال ابن وهب: لا يلزمهم، فإن أوصى بوصايا وبمائةٍ وزاد على الثلث، فأجازوا المائةَ ثم مات، قال مالك: يحَاص صاحب المائة أهل الوصايا فما انتقص فَعَلَى الورثة تمامُه فيما ورثوا دون أموالهم، فإن كانت المائة أكثر من الثلث وأجازوها ثم أوصى بوصايا حَاصهم صاحبُ المائة، ويرجع على الورثة كما تقدم، وإن [3] علموا أنّ وصاياه لغيره فرضوا أو سكتوا حتى مات، وإن لم يعلموا أو علموا وقالوا: لا نجيز الذي جوزنا أولاً إلاّ ما زادت وصيته على الثلث فذلك [4] لهم، ولا يرجع عليهم إلاّ بما كان تنقصه المائة من الثلث قبل أن يوصي بما أوصى بعد ذلك، قال مالك: ولو استوهب المريض من وارثه [5] ميراثه فَوَهَبَه [6] ولم يقض فيه شيء: ردّ إلى واهبه، لأنه

______

(1) في (ي): غرمها الاب.

(2) (ابتداء) سقطت من (ي).

(3) في (د): ان علموا.

(4) في (ي): أو كان ذلك.

(5) في (ي): من ارثه. وهو خطأ.

(6) في (د): لوهبه، وفي (ي): فوهبه لم يقض.

أولى من غيره إلاّ أن يكون سمى له مَن يهبه له من ورثته فذلك ماض، ولو أنفذ بعضه: ردّ الباقي، قال ابن القاسم: إن أوصى المريض بجميع ماله وليس له وارث إلاّ ابن مريض فأجاز وقال الإبن: ثلث ما لي صدقة على فلان، ثم مات الأبُ ثم الإبن وترك الأب ثلثمائة لا مال لهما غير ذلك، فلموصَى الأب مائة، ثم يتحاصص هو والذي أوصى له الإبن (يصرب[1] هذا بالمائتين اللتين أجازهما له الإبن، ومن أوصى له الإبن) بثلث المائتين لأنهما الفاضلتان للإبن ميراثاً بعد وصية ابنه: قال عيسى: فإن أجاز الإبن ثم مرض فأوصى بثلثه فليس ذلك المال مالَه إذا قبضه المتصدق به عليه قبل موت هذا ومرضه، وإن لم يقبضه حتى مرض الإبن فلا شيء له لأنها صدقة لم تجز، وتبطل وصية الإبن لما أجازه، ويجوز من وصية الأب الثلث، قال اللخمي: ويختلف في الولد الكبير السفيه إذا لم يكن مولًى عليه: فمن أبطل تصرفاته أبطل إجازتَه، ولو قال: كل مالٍ أرثه من فلان صدقة عليك، وفلان صحيح لزمه ذلك، وهو أقيس من المشهور، لأنه التزمه بشرط الملك. وفي **الجواهر**: إنما يلزم إذنُ الوارث في المرض المخُوف، والإبن[2] من قطع برّه أو من سلطان يَرهَبه، وقال عبد الملِك: لا تلزمُ الإجازةُ مطلقاً إلاّ بعد موت الموصي، فلو أجازوا الوصية لوارث ثم قال بعضهم: ما علمت أنّ الوصية للوارث لا تجوز: حَلَفَ ما عَلِمَ ذلك، وله نصيبُه إن كان مثله يجهَل ذلك.

نظائر: قال أبو عمران: ست مسائل لا يعتبر فيها الإسقاط: حق الشفعة قبل الشراء، والميراث قبل الموت، وإذن الوارث في الصحة في الوصية، وإذن الوارث في المرض إذا كان في العيال، والمرأة تسقط حقها من ليلتها[3] لصاحبتها قبل مجيئها، والأمة تختار نفسها قبل العتق لا يلزمها، والمرأة تسقط شروطها قبل الزواج، وقيل: لا شيء لها، وقيل: لها الرجوع في القرب.

---

(1) كذا في (د) وما بين القوسين سقط كلّه من (ي).

(2) في (د): ولا من قطع يده.

(3) في (ي): أيامها لصاحبها.

فرع

في **الجواهر**: ينبغي أن لا يكون الموصَى به زائداً على الثلث للحديث المتقدم أولَ الكتاب، وهل ذلك شرط في الصحة أو[1] النفوذ؟ يتخرج على القولين في إجازة الوارث هل هي هبة أو تنفيذ؟.

فرع

في **الكتاب**: أوصى بجميع ماله وله وارث واحد فأجاز، فلغرمائه رد الثلثين أو أحدهما[2] في الدَّين، ولو أقرّ أنّ أباه أوصى بثلثه وعلى الأب[3] دَين مغترق، وأنكر الغرماء بعد إقراره قبل القيام عليه بالدَّين[4] لعدم الحجر لا بعد القيام، وكذلك إقرارُه بدَيْن على أبيه أو بوَديعة عند أبيه يجوز قبل القيام، ويَحْلف المقرُّ له إن كان حاضراً كمن شهد أنّ هذا الذي في يدي تصدق به فلان على فلان وترَكَه له في يدي، وأنكر الذي هو له، فإن حَضَرَ المشهودُ له حَلَفَ وأَخَذَه، وإن غاب لم يجز، لأنّ المقرّ يتّهم في بقاء ذلك الشيء بيده، قال صاحب **التنبيهات**: جعل تنفيذ الوارث للوصية بِجُملة المال كالهبة[5] وكذلك رد الغرماء، وقال ابن العطار: بل تنفيذ[6] لفعل الميت، فهل المقِر على أبيه بدَين وعلى نفسه سواء إذا أحاط الدين بماله؟، ولا بد من حلف المقرِّ له للتهمة في المحاباة بالمقَرّ به، وقيل: لا يحلف في صورة المقِرّ على نفسه لأنه سوّى بينه وبين غرمائه، والمقِرّ على أبيه قدم المقَرّ له على غرمائه هو، فيحلف للتهمة. والحاكم يلزم هذه الأَيمان[7] وإن لم يطلب ذلك الخصم، وليس المقِرّ ها هنا كالشاهد، وكذلك لم يشترط فيه العدالة، قال صاحب

---

(1) في (ي): والنفوذ.

(2) في (د): وأحدهما.

(3) في (د): الابن دين معترف.

(4) في (د): بالدفن. وهو تصحيف.

(5) (كالهبة) سقطت من (د).

(6) في (ي): بل ينفذ.

(7) في (ي): اليمين.

النكت: لم يجعل مالك على المقِرّ على نفسه قبل قيام غرمائه يميناً بخلاف المقِرّ على أبيه، ولو أقرّ على نفسه بوديعة قدمت على دَيْن الغُرماء، ومع ذلك لا[1] يحلف، لأنّ الوديعة إذا لم توجد وجب الحِصاص بها كالديْن، والدين المقَرّ[2] به يقدم على كل حال، قال التونسي: إذا أقرّ الوارث بوديعة عند أبيه حلف المقَرُّ له وأخَذَها، فإن كان معه ورثة والمقِرُّ عدلٌ حَلَف المقَرُّ لَه، وإلاّ أعطاه نصيبه منها مؤاخذةً له بإقراره، قال ابن يونس: إن أقرّ ولا دَيْن عليه أنّ أباه أوصى بأكثرَ من ثلثه، وأنه أجاز ذلك وأشهد ثم مات الإبن مَديناً ولم يقبض الموصَى له وصيتَه قدمت وصية الأب إن عرف أنه مال الأب لتقدم التصرف على الحِجر، وإن لم يوجد للأب شيء من ماله[3] وعلى الأب دَيْن حَاصَص غرماءَ الإبن الموصَى له في مال الإبن، وإن وُجد من مال الأب شيء أَخَذَه الموصَى له خاصة، فما فضل حاص به، لأنّ الوصية صارت على الإبن باستهلاكه مالَ الأب. قاله أشهب، قال محمد: كذلك فيما بلغ ثلث الأب وما جاوزه، ومال الإبن بيد[4] الإبن حتى مات بَطَل الزائد لأنه هبة له لم تقبض، فإن كان بيد غيره نفذ للموصَى له، لأنّ ذلك كالحَوز.

فرع

قال ابن يونس في **الكتاب:** إذا ترك ابنيْن وألفيْن فأقرّ أحدهما أنّ على الأب ألفاً لفلان: حَلَفَ معه إن كان عدلاً، وإلاّ أخذ خمسمائة، وقال أشهب: يأخذ الألف كلها، لأنه لا[5] ميراث لوارث يزعم أنّ الميت مديون[6] بخلاف إقراره بالوصية، لأنّ الموصَى له شريك في المال، ولو أقرّ كل واحد بألف على أبيهما لغير من أقرّ له الآخر وكلاهما ينكر قول أخيه: قضي بالألفين مع حلف كل واحد من المقَرّ له إن

(1) في (ي): ومع ذلك يحلف. ولعلّه الصواب.

(2) في (ي): للمقربة. وهو خطأ.

(3) في (ي): ولاَ عَلى الأب.

(4) في (ي): بعد.

(5) في (ي): لأنه ميراث لوارث. . .

(6) كذا.

كان المقِران عدلين، وإلاّ جرى الخلاف المتقدم، فإن حلف أحدُهما ونكل الآخر أخذ الحالف ألفه والناكلُ خمسمائة من المقرّ له، ويحلف له الأخ الآخر: ما يعلم صحة شهادة أخيه، ولو أقرّ كل واحد بثلثٍ في وصية غير الذي أقرّ بِهِ الآخَر، وهما عدلان: فالحلف كما تقدم، فإن نكَلَ أحدُهما فلا شيء له على الذي شهد له، لأنه لم يكن بيده من الثلث شيء بخلاف الديْن، لأنه من رأس المال، والوصية من الثلث، ولم يبق من الثلث شيء، وإن نكَلا أو كان الولدان غيرَ عدلين أعطى كل واحد للمقَرّ له ثلث ما في يديه، ولو رجعا بعد الحكم وأقرّ أنّ الذي شهد به صاحبه حق بعد أن أخذ كل واحد ما شهد له به، أخذ كلاهما من الذي أنكر وصيته ثُلثَ ما في يديه لإقراره بإتلاف ذلك عليه، ولو شهد اثنان من الورثة أنّ أباهما أوصى لفلان بالثلث ودفعا ذلك إليه ثم شهدا أنه كان أوصى به لآخر وأنهما أخطآ فلا يصدقان على الأول للتهمة في الضمان الذي دخل عليهما، ويضمنان للآخر الثلث، ولو لم يكونا دفعاه صحت شهادتهما للآخر وبطلت الأولى لعدم التهمة المذكورة.

فرع

قال: لو أقرّ بديْن يَغترق التركةَ ثم أقرّ لآخَر بمثله: فإن لم يكن عدلاً برىء بالأول لتعذر إبطال الإقرار، أو عدلاً وذَكَرَ عذراً بيّناً قُبلَ قولُه وَحَلفَ للآخر[1]، فإن نكَل فهو كما لو لم يكن عدلاً.

فرع

قال: لو أقرّ بالوصية لفلان بالثلث، وأعتق[2] هذا العبد وهو الثلث بكلام متصل قدم العتق، وإن لم يكن الولَد عدلاً أو كلام غير متصل وتقدمت الوصية قدمت وعُتِقَ العبد على الوارث. قال محمد: كان عدلاً أم لا.

(1) في (ي): الآخر.
(2) في (ي): أو أعتق.

فرع

في **الجواهر**: تصح بالحمل دون الأمة وبالعكس، لأنّ الوصية بالغرر جائزة، فإن أُطلق تناول الحمل بلفظ الجارية كالبيع، ولو أوصى بقَوس حُمِلَ على ما يرمى به النشاب دون ما يرمى به البندق لأنه الأغلب، إلاّ أن لاَ يكونَ له إلاّ هو فيتعين بقَوْسه الحال أو تعيينه قرينة أخرى، ولو أوصى بشاة من ماله شَارَكَ بواحدة من عَددها ضأنها ومعزها ذكورها وإناثها صغارها وكبارها لعدم اختصاص اللفظ. فلو كانت عشرة فله عشرها، فلو هلكت كلها فلا شيء له لتعلق الوصية بعينها، فإن لم يكن له غَنَم فله من ماله قيمة شاة من وسط الغنم، ولو قال: أُعطوه شاة من غنمي فمات ولا غَنمَ له فلا شيء له، لأنّ الوصية إنما تعتبر عند الموت، أوله شاة واحدة دَنِيَّة أو عَلِيَّة دفعتْ له، أو ثلث غنمي فماتت فله ثلثُ ما بقي، فلو سمى عدداً مثل ثلث عدد الغَنَم فهل هو كقوله: ثلثها فيكون شريكاً بالثلث فيما زاد أو نقص؟ أو له ذلك القَدر وإن لم يبقَ إلاّ هو أو بقي أكثر منه أُخَذَ بحصة عدده كما لو كانت خمسين فأوصى بعشرة فعلى الأول: له خمسها زادت أو نقصت، وعلى الثاني إن ماتت عشرة فله الربع أو عشرون فلَه الثلث، أو أربعون أُخَذَ الباقي كان أدنى أو أعلى، ولو أوصى بتيس من غَنمه شارك بواحد من التيوس، ولا يدخل مع ذلك البهم والإناث، أو بكبش لم يدخل إلاّ كبار ذكور الضأن، أو بنعجة فكبار إناث الضأن، ولو قال: بقر من بقري دخل الذكور والإناث، أو ثور اختص بكبار الذكور، أو عِجل اختص بذكور العُجول، أو بقرة من عجولي ففي الذكور والإناث من العُجول، أو شاة من بهمي أو ضاينة من خرفاني لم يدخل الكبار، أو رأس من رقيقي ومات وله واحدة تعينت، أو عدة فماتوا أو قتلوا قبل موته بَطَلَت الوصية، أو بعد الموت انتقلت الوصية للقيمة، ولو قال: أعتقوا عني[1] رقيقاً فأقلها ثلاث، لأنه أقل الجمع، ومدركُ هذه المسائل كلها: مقتضى اللفظ لغة أو عُرفاً، وفي **الجلاب**: إذا أوصى بعبد من عبيده (المختلفة القيَم فله جزء منهم إن كانوا

(1) في (ي): اعتقوا رقيقي.

عشرة فعشرهم، أو لعبد من عبيده[1]) وهم عشرة فمات ثمانية فله نصف الباقين إن خرجا من ثلثه، وإن لم يكن له مال غيرهما فثلثهما له، ولو أوصَى بعشرهم فله عشر الباقي بعد الموت.

فرع

قال صاحب البيان: قال ابن القاسم: أوصى بأحد عبيده الثلاثة لرجل، وقال: لفلان أحدهم، وقيمتهم سواء، ولا[2] مال له غيرهم، أسهم للثاني فإن وقع سهمه في العبد الموصَى به للأول فهو بينهما نصفان، أو في غيره فله نصفه وللورثة نصفه، وللأول نصف الموصى به له، ونصفه للورثة لأنه ليس له أن يوصي بأكثر من الثلث، وإن اختلفت قيمتهم أسهم للثاني أيضاً، فإن خرج الموصى به للأول وقيمته الثلث فأقل فهو بينهما نصفان، أو أكثر من الثلث شطر بينهما ما يحمل الثلث منه، وللورثة باقيه، وإن خرج في غيره وقيمتُه الثلث فأقل، أخذ العبد الذي خرج وله آخر الذي أوصى له به، أو أكثر من الثلث فلهما ثلث الثلاثة إن لم تجز الورثة، لأنّ الوصايا إذا لم يحملها الثلث صارت شائعة فيه، وهذا على القول بأنّ مَن أوصي له بعبد من جملة عبيده يُعطى واحداً من جملة عددهم بالقرعة، وقيل: من عددهم بالقيمة، وهما في المدونة وعلى الثاني سهم على الثلاثة. فإن حمل الثلث الوصيتين أخرجتا افترقتا في العبيد أو اجتمعتا، وإن لم يحملها ولا أجيزتا تحاصا في الثلث على قدر وصاياهما، وفيها قول ثالث أنّ الموصَى له بعبد من العبيد شارك الورثة في كل عبد بالثلث، إن كانوا ثلاثة، أو بالربع إن كانوا أربعة، وعلى هذا يكون للموصَى له ها هنا بالمعيَّن ثلثا العبد الموصَى له به، وثلثه بينه وبين الآخر الموصى له بالمُنكَّر، لأنّ وصاياهما قد اجتمعت في ثلثه، وللآخر ثلث كل عبد من العبدين الآخرين أيضاً إن حَملَ ذلك الثلثُ وإلاّ يحاصصا فيه على قدر وصاياهما.

---

(1) ما بين القوسين سقط من (ي) وفي (ي):... المختلفة. وهم عشرة.

(2) في (ي): أو لا مال.

فرع

قال: قال ابن القاسم: قال ولد لا وارث معه: أبي أوصى بعتق هذا، ثم قال: لا، لكن هذا، ثم قال: لا. بل هذا. من كل واحد ثلث قيمة ثَلاثَتهم، فإن استوت قيمتهم عتق الثلاثة، أو اختلفت عتق مَن قيمته ثلثُ قيمةِ ثلثهم. ومن قيمة البُر عتق منه ما حمله[1] ثلث قيمتهم، ومعناه: إذا لم يكن للميت مال غيرهم فواحدة للوارث بإقراره، مثاله: قيمة أحدهم عشرة والباقي عشرون والثالث ثلاثون، فيعتق الأولان، لأنَّ قيمة كل واحد إما ثلث المال أو أقلّ، وثلث الثالث، لأنّ ذلك ثلث المال، وإن كان مال ثلاثون، عتق الثالث كله مع الأوليْن، لأنه ثلث المال.

فرع

قال: قال ابن القاسم: أعطوا فلاناً مائة ولم يبيّن دنانير أو دراهم، له مائة درهم، لأنها المتيقنة، ومعناه: إذا كان البلد إنما تجري فيه الدراهم أو الدراهم والدنانير، ولو قال: لفلان عشرة دنانير، ولفلان عشرون فتقدم[2] البطلان، فالدنانير قرينة تعين للثاني دنانير.

فرع

قال: قال مالك: لفلانٍ عَبْدي سعيدٌ أو حبشي، أو خشب من خشبي الأحمر، وله عبيد بذلك الإسم، أو خشب، فله ثلثهم إن كانوا ثلاثة، ويعطى ثلث القيمة في العبد والحبشي[3] بالقرعة ما بلغت، ولو كانا عبدين أو خشبين، ولو شهد الشهود بذلك عليه في صحته ولم يعينوا المشهود به بَطَلَت الشهادة لعدم التعيين بخلاف الوصية لأنها كالصدقة على زيد بأحد العبيد وهم عشرة، فهو شريك بعُشرهم، ولو أوصى بعتق عبد من عبيده وهم عشرة عُتق عُشرُهم

(1) في (د): ما احمله. وهي في (ي) غير ظاهرة لانطماس الصورة.
(2) كذا في (د) وفيه شيء، والجملة مطموسة في صورة (ي).
(3) في (ي): والخشب.

بالقرعة، وفي المسألة ثلاثة أقوال في الشهادة في الصحة والمرض، ثالثُها: الفرق بين أن[1] يعين فينسى أو لا يعين[2] بالأصالة ولو عينه الموصي للشهود في صحته أو مرضه فنسوه، أو عينه[3] الشهود في غير الوصية فنسوه أو شكوا فيه: فثلاثة أقوال: تبطل الشهادة في الوصية بعد الموت، وفي الصحة في غير الوصية، قاله ابن القاسم، وعنه: يصح في الوجهين، والفرق بين الصحة والمرض وفي العبيد والخشب في أصل المسألة ثلاثة أقوال: يعتق ثلثهم بالقرعة ما بلغت كما تقدم، ويُعتق واحد قلّت قيمتُه أو كثُرت، ويُعتق من كل واحد ثلثه إن كانوا ثلاثة، أو رُبعه إن كانوا أربعة بغير قرعة، ومن مات قبل ذلك كأنه لم يكن.

فرع

قال: قال ابن القاسم: اشتروا أخي أو من يعتق عليه، ولم يقل: فأعتقوه، يشترى فيعتق، لأنّ العتق هو المقصود في مثل هذا، وإن أوصى بثمن معين فامتنع السيد من البيع انتظر حتى يتيسر، وإن لم يعيّن ثمناً زِيد ما بينه وبين ثلث قيمته.

فرع

قال: قال ابن القاسم: خيّروا جاريتي بين العتق والبيع، لها اختيار العتق بعد اختيار البيع قبل أن تباع، واختيار البيع بعد اختيار العتق قبل التقويم، لأنّ المقصود برها ما لم يتعلق حق لآدميّ أو لله، فإن اختارت البيع وقالت: بيعُوني من فلان فلهم بيعها في السوق، ولا يوضع من ثمنها شيء، لأنّ ذلك لم يدخل في الوصية، ولاَ لَهُم اقتناؤها إذا اختارت البيع، لأنه مخالفة للوصية إلاّ برضاها، وإن رضيت بأن تكون ملكاً لهم فلهم بيعها لأنه شأن الأملاك، بخلاف تخيير الرجل أَمتَه بين العتق والبيع، فإن اختارت العتق لزمه أو البيع لزمها ولا رجوع

(1) في (ي): الفرق بأن يعين فَنَسي.
(2) في (د): أو لا يعتق.
(3) في (ي): أو عينوه أو شكوا فيه. وفيه سقط.

لها، فإن انقضى المجلس ولم يختر، جَرى على الخلاف في تمليك الزوجة، والفرق: أنّ الوصية شيء واحد مبناه[1] على المعروف، فلو ردت بعيب فليس لها اختيار العتق، لأنّ البيع حكم تقرر، قاله مالك، وقال ابن وهب: ذلك لها على الخلاف في الرد بالعيب هل هو نقص للبيع أو ابتداء بيع؟

فرع

قال: قال ابن القاسم: قيل له: أوصِ، قال: عبدي سعيد حر، ثم قيل له: أوصِ، فقال: أحد هؤلاء الثلاثة حر، قيل: الشهادة باطلة، وقيل: يقرع بين الثلاثة، فإن خرج المعين عتق، أو غيره بطلت الشهادة لعدم التعيين، والخِلاف (في الشهادة ها هنا يتخرّج في الشهادة إذا اختلف اللفظ والمعنى، واتفق[2] ما يوجبه الحكم نحو الشهادة بمائة من بيع، والشهادة)[3] على الخلاف في تلفيق الشهادة بمائة من سَلَف، أو امرأتي طالق إن بعت كذا وله امرأتان.

فرع

قال: قال ابن القاسم: أوصى له بمائة درهم، وقال: لي عنْده عشرون فاقبضوها منه، فأنكر العشرين، لا يكون له إلاّ ثمانون، لأنه إنما أوصى له بما زاد على العشرين.

فرع

قال: قال سحنون: له عبدان ميْمون وميمون، فقال عند موته: ميمون حر، وميمون لميمون، إن حملهما الثلث أسهم بينهما بالقيمة. فأيُّهما خرج عتق وأعطي الباقي له، وقيل: إنما يعطى نصف الثاني لاحتمال أن يريد بقوله: ميمون

---

(1) في (ي): مبنية.
(2) في النسخة: والمعنى. دون نقط.
(3) ما بين القوسين سقط من (د).

لميْمون أي رقبة ميمون لنفسه، فيكون أوصى لأحدهما بنفسه، ولآخر بحريته، فيقع التنازع في الباقي فيقسم، وإن لم يحمل الثلث أو أحداً عتق.

فرع

قال ابن القاسم: اعتقوا خيار رقيقي: يعتق أغلاهم ثمناً حتى يُستوعَبَ الثلث منهم إلاّ أن تَدلّ قرينةٌ على الديْن أو غيره، لقوله[1] – عليه السلام – لما سئل: أيّ الرقاب أفضل؟ قال: (أَغْلاَهَا ثَمناً وأَنفَسُهَا عِندَ أَهلِهَا) فإن كانوا متقاربين قدم الصلحاء، لقوله[2] تعالَى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللهِ أَتْقَاكُمْ﴾. وقال ابن زرب: إن استوَتْ القيمةُ عُتِقوا كلهم في الثلث لعدم الأولية[3] .

فرع

قال ابن القاسم: إذا أوصى له بمائة سلف، وَلغيره بمائة ملك، حَاصص بقيمة ربحها لأنّ مقصُوده التجر إلاّ أن يكون أكثر من نصف الثلث فلا يزاد، ولا تكون المائة السلف أكثر من المائة الملك.

فرع

قال: قال مالك: أوصى لثلاثة ثم قال: لفلان عشرون، ولفلان عشرة وسَكَت عن الثالث، فللثالث ثلث الثلث، وللأولَيْن ما سَمّى لهما، ويقسم الباقي من الثلث على قدر ثلث الثلث والتسميتين، لأنّ كلامه آخراً تفسير لما أجمله أولاً، ولو لم تكن التسمية على الفور لحملت على أنها وصية أخرى، وضربَ المسمّى لهما في الثلث بالأكثر منه أو التسمية، وقال أصبغ: يقسم ثلث الثلث على المسمى لهما على ثلاثة أجزاء، لأنها نسبة التسميتيْن، ولأنّ الميت فسر وصيته لهما كيف تقسم، ولم يزد صاحبها على ثلث الثلث.

---

(1) بعض حديث رواه البخاري في العتق، باب أي الرقاب أفضل، ومسلم في الإيمان، باب بيان كون الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال، والنسائي في الجهاد، عن أبي ذر الغفاري.

(2) (الحجرات: 13).

(3) في (ي): الألوية. وهو تصحيف، ولعلها: الأولوية.

فرع

قال: قال مالك: أوصى بتخيير أمته بين البيع والعتق، فأعتقها بعض الورثة ولعله يعادلها[1]، بَطَل عتقه، وتباع إن اختارت، لأنّ رب المال تَصَرّف فيه بهذه الصفة فليس للوارث إبطالُه.

فرع

قال: قال مالك: أوصى بعبده لزيد أتبعه ماله كالعتق، وكان يقول: لا يتبعه كالبيع والهبة، لأنه انتقل من ملك إلى ملك، ولم يختلف قوله في الصدقة والهبة أنهما كالبيع، وإن كان الخلاف يدخل فيهما قياساً على الوصية.

فرع

قال: قال مالك: ولو أوصى بعتق رقيقه ولرقيقه[2] رقيق، عتق رقيقه فقط، لأنّ رقيق رقيقه ليس رقيقه، ولا يجري ها هنا الخلاف الذي فيما إذا ملك مَن يُعتق على سيده أنه يعتق عليه، أو حَلَف: لا يركب دابتك فَركِبَ دابةَ عَبدكَ أنهُ يحنث، لأنّ قدرتك على الانتزاع كالملك مع تشوف الشرع إلى بر القرابة وإلى العتق، والأيمان مبنية على المقاصد العرفية، والوصايا على الألفاظ.

فرع

قال: قال مالك: أوصَى لفلان بمائة، ولفلان بمائتين، وقال: فلان شريك لهما، فللآخر ثلث المبين الثلاثمائة، ويقسم الأولان الباقي أثلاثاً، وعنه يكون له نصف وصية كل واحد منهما، لأنها مقتضى الشركة، ويحتمل أن يكون في المجموع أو في كل واحد منهما.

---

(1) في (ي): لعبادتها. وفي (د): دون نقط.

(2) (ولرقيقه) سقطت من (د).

فرع

قال صاحب **المنتقى**: قال ابن القاسم: لفلان عشرة ولفلان السدس: يحمل السدس على سدس المال، لأنه المتبادَر للفهم، وقيل: سدس الثلث إن كان بعد وصيته لأنه المتيقَّن فيقصر عليه، وسدس المال إن كان بعد إقراره بديْن، وسَوَّى ابن القاسم.

فرع

في **الجواهر**: إذا ملك فرسه في مرض الموت بالإرث، عتق من رأس المال لأنه ملك قهري، أو بالشراء فمن الثلث لأنه بتصرفه وهو تبرع، وقال سحنون: له شراء الإبن خاصة، ولو تحمله المال، لأنّ له استحقاقه بخلاف الأب، والهبة والوصية كالبيع في هذا الباب، ثم إذا أُعتق من الثلث أو من رأس المال ورث لزوال المانع قبل الموت، وقال أصبغ: لا يرث لأنه لا يعتق إلاّ بعد الموت والتقويم، أو لأنه أحوج ورثته بعد انعقاد النسب لهم.

الركن الرابع، فيما تكون به الوصية. وفي **الجواهر**: تكون بالإيجاب، ولا يكون لها مخصوص، بل كل لفظ مُفهِم قصْدَ الوصية بالوضع أو بالقرينة، نحو: أوصيتُ، أو أعطوه، أو جعلتُه له، أو هو له، إذا فهمت الوصية بذلك، ولو كَتَب وصيتَه بخطه فَوُجِدَت في تركته وعُرِف أنه خطه بشهادة عَدْلَين فلا يثبت شيء منها حتى يُشهَد عليها، لأنه قد يكتُب ولا يعزم، رواه ابن القاسم. وقال أشهب: لو قَرأها ولم يأمرهم بالشهادة عليها فليست بشيء حتى يقولَ: إنها وصية وأنّ ما فيها حق، وإن لم يقرأها لأنه صريح بالإقرار بها، وكذلك إذا قرأها وقالوا: نَشهد أنها وصيتك وأنّ ما فيها حق، فقال: نعم، أو قال برأسه: نعم ولم يتكلم جاز، قال مالك: وإن لم يقرأْها عليهم فليشهدوا أنها وصيته أشهدنا على ما فيها، والقَبول شرط، لأنه نقلُ مِلك كالبيع والهبة والإجارة، لكن لا أُثَر له في حياة الموصي، فإنّ الوصية إنما تجب بموته فيكون قَبول الموصى بعده، وقاله (ش)، ولأنّ الإيجابَ علق على الموت والأصل مقاربتها، ولا يشترط فيه الفرق بعدد قياساً على الهبة.

فرع

قال: إن مات الموصَى له بعد موت الموصي لا ينتقل حق القَبول للوارث، قاله الشيخ أبو بكر، وقال القاضي أبو محمد: ينتقل.

قاعدة: ينتقل للوارث كلُّ ما كان مالاً أو متعلّقاً بالمال أو فيه ضرر عليه، فلأول كالأعيان المملوكة، والثاني خيار البيع والرد بالعيب والأخذ بالشُّفعة، والثالث كحد القذف، ولا ينتقل إليه ما هو متعلق بجسم الوارث كالوصية له[1] بغذائِه ما عاش لو بملاذ نفسه كالنكاح، أو بفعله كالخيار الذي اشترط له من متبايعَيْن غيره، وكاللعان، لأنّ جسمه ونفسه وعقله لا يورث، فلا يورث ما يتعلق بها، ولما ورثَ الأموال ورث ما يتعلق بها، وها هنا اجتمع فيه الشيّآن[2]: كونه من متعلقات المال فيورث كخيار البيع، وكونه من الرأي والنظر في المصلحة، وقد يؤثر الإنسان حدوث هذا الملك بهذا الطريق وقد لا يؤثره، ثم يتأيد بقاعدة أخرى وهي: أنّ الوارث إنما ينتقل إليه ما تحقق سَبَبُه، وها[3] هنا السبب معدوم لعدم[4] جزئه وهو القَبول، غير أنه يُلاحظ أنّ سَبَبَ[5] استحقاق القبول الإيجاب وقد تحقق، وقد يلاحظ سبب الملك لا سبب القَبول ولم يتحقق، فهذه القواعد الفقهية مجال[6] النَّظَر بين الفرق.

فرع

قال: إن أوصى للفقراء أو لمن لا يتعيّن لا يشترط القَبول لتعذره كالوقف.

فرع

قال: إذا مات الموصي وقف الموصى به إن قبله الموصى له تبيّن أنّ العين له من

---

(1) في (ي): كالوصية بقربة ما عاش. وفي (د): ما أثبتنا ولكن دون نقط. فلتحرر.

(2) في (ي): السببان.

(3) في (ي): وهذا السبب

(4) (لعدم) سقطت من (د) ولا بدّ منها.

(5) في (د): شئت. وهو تصحيف.

(6) في (ي): محل.

حين الموت، أو ردّها تبين[1] عدم الدخول، وقيل: الموصى به باقٍ على ملك الميت لعدم كمال السبب الأول، وهو كمال العقد بالقَبول، ويتخرّج عليه الزكاة إذا وجبت بعد الموت وقبل القَبول، ووافقنا (ش) على عدم اعتبار الرد قبل الإيجاب لعدم تحقق السبب، وعدم اعتباره بعد القَبول والقبض لإستقرار الملك، وله بعد الإيجاب والموت وقبل القبول قولان قياساً على البيع والوقف، وإذا أوصى له بامرأته الأمة فأولدها[2] ثم علم: فقيل: ما حكم الولد وهل تكون أم ولد أم لا؟ وما أفاده الرقيق بعد الموت من المال وتجدد الولد وثمرة النخيل.

فرع

قال: إذا فرعنا على أنّ الغلات تبع للأصول: اختلف في كيفية التقويم، فقيل: تقوم الأصول بغير غَلات إن خرجت من الثلث تبعها الغَلات ولا تقوم الغلات، وقيل: بغلاتها، قال التونسي: وهو الأشبه، لأنها من جملة المال، ولم يُختلف أنّ نماء العبد يُقوّم معه، وكذلك ولد الأمة لأنه كالعين.

---

(1) في (ي): سس عقد.

(2) في (ي): ثم اولدها.

الباب الثاني
في
أحكام الوصية

وهي ثلاثة أقسام: لفظية وحسابية ومعنوية.

القسم الأول: الأحكام اللفظية، وفي **الكتاب**: أوصَى بعبد من عبيده فماتوا كلهم، أو بعبد فمات بَطَلَتْ الوصية. قال غير ابن القاسم: لأنَّ ما[1] مات أو تلف قبل النظر في الثلث كأنَّ الميت لم يتركه ولم يُوصِ بشيء لأنه لا يقوَّم ميت ولا على ميت، وإن أوصى بعشرة من عبيده ولم يعيِّنهم وهم خمسون، فمات عشرون قبل التقويم عتق عشرة أجْزاء من ثلاثين بالسهم خرج ذلك عشرة عدداً أم لا لأنَّ الباقي عبيده، والميت لا يعتدّ به، وإن هلكوا إلا عشرين عتق نصفهم في الثلث، أو إلاّ خمسة عشر فثلثاهم، أو إلاّ عشرة فجملتهم توفية باللفظ، وكذلك لو أوصى بعشرة من رقيقه أو إبله. قال صاحب **التنبيهات**: قوله: يعتق ثلثهم بالسهم وإن خرج أقلّ من العدد، هذا أصله، وَرَاعَى في العتق الأول العدد فيما يحمله الثلث، واختلف هل هو وفاق أو خلاف، وقوله: إن لم يعيِّنهم، يدلّ على أنه لَو عيّن عتقوا بالحصص عند ضيق الثلث كما قاله محمد. قال صاحب **النكت**: إذا قال: ثلث رقيقي لفلان أسهم بينهم بالقرعة بخلاف ثلث رقيقي أحرار، لأنّ فلاناً يصير شريكاً في كل واحد، ومن له جزء تابع رجع في معين عند القسمة، والعتق لا بدّ أن يكون في جميعهم. قال التونسي: قال عبد الملك: يعتق خمس مَن بقي من

(1) في (ي): لأن من مات.

الخمسين، وسواء قال: خمسهم أو عشرة منهم لأنه لما قال ذلك وهم خمسون فقد أراد الشركة، فالهالك والباقي على القسمة، فلا يعتق إلاّ الخمس ولو لم يبق إلاّ واحد، وعلى هذا القول لو تمت وهي غنم له خُمس الأولاد وقاله أشهب فيه وفي الغَلّة، وابن القاسم يراه قصد[1] إخراج ذلك العدد فلو لم يبق إلاّ هو أخرجه، ويلزم عليه[2] إذا خرج بالأجزاء أقل من ذلك العدد أن يكمل العدد، وقد قاله في كتاب العتق، قال: سحنون: إذا أوصى بعشرة من غنمه ومات وهي ثلاثون، وصارت بعد موته بأولادها خمسين، له خمسها نظراً للتسمية. وقاله أشهب، وقال أيضاً: له من الأولاد مثل ما له من الأمهات، فيأخذ ثلثها إن حملها الثلث. أو ما حمله الثلث وكأنّ[3] سحنوناً أجاب على مذهب ابن القاسم، فلما كان لا تكمل إذا انقضت لا يُراد إذا زَادَت. قال: وفي هذا نظر، لأنّ مَن وصى بأَمَة فولدت بعد موت الموصي، وَلَدها له إذا حمله الثلث، فكان يجب أن يسهم في الأمهات فما خرج منها تَبعها أولادها، لأنّ ما أخرجه السهم كان هو الموصَى به، قال ابن يونس: وجه قول ابن القاسم المتقدم: إذا سمى عشرة فقد قصد العدد، فيكون الورثة شركاء للعبيد أو للموصَى له بهم، فتتعيّن القُرعة، وهي تسقط حكم العدد لعدم اتفاق الغنم، وإذا لم يبقَ إلاّ العدد الذي سمّى بَطَلت الشركة، فلا يضر هلاك البعض، ولو قال عند موته: أُثلاث رقيقي أحرار، أو أُنصافُهم، عتق ذلك في جملة الثلث، وإلاّ فما حمله الثلث من كل واحد بالحصاص[4] بغير سهم لأنه عَين ذلك، وقيل: لو قال: أثلاثهم لفلان، له أثلاثهم بالقرعة، لأنك شريك في كل واحد، ومن له جزء في رقيق رجع معيناً عند القسم بخلاف العتق لاستوائهم في الوصية، فلا يفضل بعضهم على بعض في العتق، وفي الوصية لفلان العبد حيث وقع رقيقاً، فلا يفرق نصيبه بغير منفعة للعبد.

---

(1) (قصد) سقطت من (د).

(2) في (ي): عنه.

(3) في (د): وكان سحنون.

(4) في (ي): بالحصص.

فرع

في **الكتاب**: ثلث رقيقي أحرار، يعتق ثلثهم بالسهم[1] لأنّ من كل واحد ثلثه توفيراً لمصلحة العتق بكمال الحرية، فيخلص للعبادات والولايات الشرعية، أو قال: ثلثهم لفلان فهلك بعضهم. أو ثلث غنمي فاستحق ثلثاها، فإنما له ثلث ما بقي، لأنّ الباقي هو في غنمه، فإن لم يقتسموا ففهو شريك بالثلث، وإن أوصى بعشرَة من غنمه فهلكت إلاّ عشرة فهي له بمقتضى اللفظ، وإن عدلت نصف الغنم، وإن أوصى بعُشر غنمه فهلكت ليس له إلاّ عُشُر الباقي لأنك شريك والأول مختص.

فرع

قال: في **الكتاب**: إن متّ من مرضي هذا أو من سفري هذا فأنت حر، أو لفلان كذا، فهي وصية تنفذ إن مات من مرضه ذلك أو من سفره، فإن صح أو قدم ولم يغيّرها حتى مات لا تنفذ لتقييده لما قد بطل، إلاّ أن يكتب كتاباً ويصفه على يد رجل، ولا يغيرها بعد قدومه أو إفاقته وبعْده حتى يموت، لأنّ الإقرار كالإنشاء، فإن أخذ الكتاب بعد إفاقته أو قدومه وأقره بيده حتى مات بَطَلت، وإن أشهد عليها، لأنّ استرجاعها دليل رجوعه عنها، وإنما تنفذ إذا جعلها على يد رجل، وإن كتبه عند المرض أو السفر أو في الصحة ولم يقل: إن مت من مرضي هذا أو سفري، بل كتب: إن حَدَثَ بي حدث، نفذت أقره عنده أم لا، مَاتَ من ذلك أو من غيره إذا أشهد عليه ثلثه لأنه لم يقيّد وصَرّح بالإطلاق، قال التونسي: إذا قال: إن مت من مرضي هذا أو قدمت من سَفري هذا: قال أشهب: إن مات من مرض آخر أو سفر آخر نفذت، لأنّ التنفيذ لا يقصِد به الناسُ خُصوص مَرَض دون مرض بل الإحتياط فقط، ألا تَرى أنه لو مات قبل السفر نفذت، قال: وإن سارت في غير سفر أو مرض لم ينفذ لبُطلان التقييد بلا كلية[2]، وعن مالك: إن كتب: إن متّ من سنتي هذه، فعاش بعدها شيئاً ثم مات وهي بيده لم يغيرها

(1) في (د): بلا سهم.

(2) لعله هكذا لأن صورة (ي) مطموسة هنا.

نفذت، وإذا لم يقرأها على الشهود وقال: اشهَدوا عليَّ بما فيها، فإن تيقنوا أنها الكتاب بعينه ولم يشكوا في الطابع، شهدوا به، وإن فتحوها فوجدوا فيها محواً لم يغير ما قبله ولا ما بعده لم يضر ذلك، فإن غير البعض لم ينفذ ذلك البعض فقط إلاّ أن يعرفوا المحو، ومَن شك فلا يشهد إلاّ أن تكون الوصية عنده، أو يتحقق خاتمه بعينه في الغيبة. ويشهد مَن لم يكن بيده الكتاب بمبلغ علمه، قال ابن يونس: سواء قال: من مرض، أو في مرضي، أو من سفري، أو في سفري، لأنه المقصود عرفاً. قال مالك: إذا وجدوا خطه بعد موته الذي لا يشكون فيه لا ينفذ إلاّ أن يشهد فيها على نفسه، لأنه قد يكتب ما لا يعْزم عليه، ولو قرأها على الشهود لا ينفذ إلاّ أن يقول: اشهَدوا عليَّ بما فيها، ويجوز أن يشهدهم فيها بغير قراءة، قاله مالك إذا طبع عليها، وقال أشهب: كانت مختومة أو منشورة إذا قرأوها، وقال: يشهد بأنها وصية فقال برأسه: نَعَم، فإن قال: اشهَدوا بما فيها، وما بقي من ثلثي فلِعَمّتي فوجد بعد موته، وما بقي من ثلثي فلليتامى والمساكين والأرامل، قال ابن وهب: يقسم بقية الثلث بين العمة والأصناف نصفين لتعارض السببين، قال اللخمي: إذا وجدوا محوَ الغير أرى أن يمضى[1] إذا كانت بخط الميت، والإصلاح بخطه أو بخط كاتب الوصية وهو عدل، فإن كان غير عدل أو مجهولاً وأخرجها الورثة وهم جائزو الأمر حكم بذلك الحق[2] إن تضمن زيادة ولا يحكم به إن تضمن نسخَ بعضها أو رجوعه إليهم، وإن كانوا غير جائزي الأمر لم يحكم به وإن تضمن زيادة، وكل هذا استحسان، والقياس: إمضاؤها مطلقاً لأنه رضي بما في المختوم مطلقاً، وإن قال: إن مت من مرضي أو من سفري هذا فأنت حر، ولم يكتب كتاباً فلم يكن ذلك لم يعتق، فإن كتَبَه وجعله على يد غيره ولم يأخذه بعد صحته وقدومه نفذت وإلاّ فلا إن كان الكتاب من الأول عنده، وعن مالك: ينفذ لأنّ الناس يفعلون ذلك، وعنه: انها باطلة لذهاب الشرط. قال التونسي: إذا قال: فلان

---

(1) (أن يمضى) سقطت من (ي).

(2) في (ي): المحو ولعلّه الصواب.

وصي فصدقوه صدق، كقوله: وصيتي عند فلان فنفذوها. وعن ابن القاسم: وصيتي عند فلان فأنفذوا ما فيها: إن كان عدلاً أنفذت، وقال سحنون: تنفذ وإن كان غير عدل لأنه رضيه وائتمنه، قال: وهو الأشبه كقوله: ما ادعى عليّ فلان فصدقوه، ولو قال: إنما أُوصَى بالثلث لابني أو لي، لم يصدقه ابنُ القاسم للتهمة، وصدقه غيره، لأنه ائتمنه، فإن قال: يجعل ثلثي حيث يرى، فأعطاه لولد نفسه، ولذلك وجه جاز، وإلاّ فلا، قال ابن يونس: إذا قال: عليّ ديون وابني يعلم أهلها وصدقوه، قال ابن القاسم: هو كالشاهد إن كان عدلاً يحلف معه المدعي، وقال أصبغ: يُصدق مَن جعل إليه الميتُ التصديق كان عدلاً أم لا، كقول مالك: مَن ادّعى عليّ من دينار[1] إلى عشرة فاعطوه بلا بينة. وتعزل العشرة من رأس المال وتوقف حتى يعلم مَن يدعي، فلو ادعى جماعة فيها وادعى كل واحد أقل من العشرة فلا شيء لمن ادعى عشرة فأكثر إلا ببيّنة، فيقدم على غيره، وعن مالك: يتحاص مدّعي العشرة فأقل، ومدّعي الأكثر لا شيء له، ومنشأ الخلاف: هل الغاية تدخل في المعنى أم لا؟ وقد جعل العشرة غاية، وعن ابن القاسم: مَن ادّعى مثل ما قال الميت أُعطيَه مع يمينه، فإن قال: مَن ادّعَى ديناراً فحلّفوه وأعطوه بغير بيّنة، أو بلا يَمين ولا بيّنة ولم يحدد للديْن نهاية فهو من ثُلُثه، بخلاف المؤقت لأنه بَيع[2] من البُيُوع، وإن قال: كنت أعامل فلاناً فَمهمَا قال: يصدق، قال مالك: يصدق في معاملة مثله لقرينة ذكره المعاملة، قال ابن القاسم: وهو من رأس المال، وإن ادّعى ما لا يشبه بَطَلَت دعواه، وقال أيضاً: يبطل ما زاد على معاملة مثله.

فرع

في **الكتاب**: يقدم في كتب[3] الوصية التشهد قبلها، ولم يذكر مالك: كيف هو، وقال أنس بن مالك: كانوا يوصون: إني أشهد انّ لا إله إلاّ الله وحده لا

(1) في (د): عليّ ديناً إلى عشرة.
(2) في (د): لأنه نوع من البدع. وهو مصحف.
(3) في (ي): كتاب.

شريك له، وأنّ محمداً عبده ورسوله، وأوصى من تركت من أهلي أن يتّقوا الله ربهم، ويصلحوا ذات بيْنهم إن كانوا مسلمين، وأوصيهم بما أوصى[1] به **إبْراهِيْمُ بَنِيه وَيَعْقُوبَ يا بَنِيّ إنَّ الله اصْطَفَى لَكمُ الدِّينَ فَلاَ تَمُوتُنَّ إلاَّ وأَنْتم مسلمون** وأُوصي إن متُّ من مرضي هذا بكذا.

فرع

قال: قال في مرضه: إن مت فكل مملوك لي مسلم حر، وله عبيد مسلمون ونصارى، فأسلم بعضهم قبل موته لم يعتق إلا مَن هو مسلم عند الوصية لأنه المقصود، ولم يخطر إسلام هذا بباله، قال ابن يونس: قال بعض القرويين: لعله فهم منه إرادة عتقِ هؤلاء، فإن لم يكن مقصد فالأشبه عتق الجميع، لأنّ الموصي إنما يوصي بما يكون يوم الموت لأنه إذا قال: إذا متّ فعبيدي أحرار، فباع عبيده واشترى غيرهم ثم مات، عُتق الذينَ مات عنهم، واختلف إن اشترى بعد الوصية مسلمين، قال ابن القاسم: يدخلون في الوصية خلافاً لأصبغ. قال محمد: فإن لم يكن فيهم يومَ الوصية مسلمون فها هنا من أسلم أو اشتراه يدخل لتجرّد اللفظ عن قرينة التخصيص فيبْقى على عمومه.

فرع

في **الكتاب**: اعتقوه بعد موتي بشهر أو هو حر بعد موتي بشهر سواء، إن لم يحمله الثلث خير الورثة بين الإجازة وعتق ما حمله الثلث الآن، فإن أجازوه خدمهم[2] شهراً ثم عتق الجميع. قال ابن يونس: فلو حمله الثلث[3] خدمهم شهراً وعتق لأنه مقتضى لفظ الوصية.

---

(1) اقتباس من آية (البقرة: 132) ولفظها: (ووصى بها ابراهيم بنيه. . .).

(2) في (ي): اخدمهم.

(3) (الثلث) سقطت من (ي).

فرع

في **الكتاب**: أوصى له بدينار ثم بالثلث فله الأكثر جمعاً بين اللفظين، أو بقدر[1] عشرين أردباً من أرضه وهو مبذر مائة فله خمسها بالسهم، وإن كان دون العشرين لجودته أو زاد لدناءته[2] لأنه المعلوم عند الوصية، أو بدار ثم بعشرة أآدر[3] فله الأكثر إن حمله الثلث، أو ما حمله[4] إلان يجيزوا، وإن كانت الدورُ في بَلدَانٍ شتَّى أخذ النصف من كل ناحية بالسهم عدلاً بينه وبين الورثة، ومن أوصى بوصية بعد أخرى ولم يتناقصا وهما من صنفين نفذتا، أو من صنف فالأكثر، حملاً للثانية على الزيادة، كانت الأولى أو الأخيرة، فإن تناقصتا أنفذت الأخيرة فقط، لأنها الناسخة، وإن أوصى بشيء بعينه ثمَّ أوصى به لآخر فهو بينهما لأنّ الأصل: عدم الرجوع كما لَو أوصى لرجل بثلثه، ولآخر بجميع ماله فالثلث بينهما أرباع، ولو أوصى بثلث ثلاث أدر فاستحق داران، أو بثلث داره فاستحق ثلثاها فللموصَى له ثلث ما بقي، لأنه إنما أوصي له بالثلث، ولو قال: العبدُ الذي أوصيتُ به لزيد أوصيت به لعَمرو فهو رجوع، أو أوصى بعتقه ثم لرجل أو بالعكس فهو رجوع عن الأول لتعذر الشركة مع العتق. قال اللخمي: له الوصيتان إن كانتا في معين نحو: سعد وسعيد، أو إحداهما غير معينة نحو: لسعيد، ثم قال: له عبد من عبيدي، قاله أشهب. قال: وهو يتجه إذا كانتا (بكتاب واحد، أو نسَق واحد من كلامه بعد كتاب، وإن ذكرهما في يَومين بغير كتاب ففيه نظر لاحتمال الإخبار عما مضى، وإن قدم النكرة فهو أشكل لاحتمال بيان المبهم، واختلف إذا كانتا[5]) من جنس واحد نحو عشرة دنانير ثم قال: عشرون أو بالعكس، ففي **الكتاب**:

---

(1) في (د): او بمبدر. كذا دون نقط ولعلّها: بمبذر.

(2) في (ي): أو زاد ذلك فإنه لأنه.

(3) في (ي): بعشرة ادر. ولعلّها: دور.

(4) (الثلث، أو ما حمله) سقط من (د).

(5) ما بين القوسين سقط من (ي).

له عشرون تقدمت أو تأخرت حملاً للثانية على تأكيد البعض إن تأخر القليل، أو الزيادة، وإن تأخر فله الثلاثون، لأنّ الأصل: اعتبار الألفاظ، والفرق: أنّ الثاني تأكيد محض وهو خلاف الأصل، والأول فيه إنشاء الزيادة، وقال عبد الملك: إذا كانت بكتابين فله الأكثر كانت الأولى أو الأخيرة، أو في كتاب وقدم الأكثر، كانتا له، أو تأخر فهو له، لأنّ اتّحادَ الكتاب يقتضي اتحادَ العطية، فإن استوى العددان: قال محمد: له أحدهما قياساً على الإقرار. وقال عبد الملك: هما له بكتاب أو كتابيْن، لأنّ الأصل عدم التأكيد. قال: وأرى إن كانتا بكتاب أو كلام نَسَق فله أحَدهما كانت الأخيرة الأقل أم لا، لأنّ الإتحاد يقتضي الجمع، وإن لم يكونا نسقاً أعطي الأخيرة أكثرهما، لأنّ الإنسان يوصي بالشيء ثم يستقلّه، وإن استَوَتَا بكتاب فهما له لعدم الفائدة في إبطال عشرة بعشرة، وإن كانتا في كتابين وفي الوصية الثانية زيادات لأقوام أجريت هذه كذلك، أو تنتقص لأقوام اقتصر على واحدة طرداً للمناسبة، وكذلك العبيد والدُّور، وكل جنس متّحد يجري فيه الخلاف المتقدم في العين، والحران كالعددين، فإن استويا فهما له عند عبد الملك. وأحدهما عند محمد، وإن اختلفا نحو الثلث والسدس تقدم أو تأخر جَرَى فيه الخِلافُ في العددين المختلفين، واختلف إذا كانت التركة عيناً أو ثياناً أو عبيداً أو دياراً: فقال: له عشرة دنانير، ثم قال: ثلث مالي، فقيل: ثلث ما سِوى العين، وله من العين الأكثر على ما تقدم إذا أوصى بعشرة ثم عشرين. فإن كان الثلث أكثر من العشرة أخذه إن أجاز الورثة، وقيل: له العشرة وثلث التركة قبل إخراج العشرة إن أجازوا كما لو كانت الوصيات لرجلين، وكذلك دار من دُوري، أو عبدٌ من عبيدي، ثم قال: له ثلث مالي، فإن أوصى بدنانير ثم بدراهم؛ قال محمد: يأخذهما لبيانهما، وقال ابن حبيب: هما له كما لو كانا دنانير أو دراهم. قال صاحب **المنتقى**: الدنانير والدراهم والقمح والشعير والدراهم والسَّبائك أجناس لتباين الصورة. وقال عبد الملك: الدراهم والدنانير جِنس، وإذا فرعْنا عليه فأوصى بأحدهما لزيد ثم بالآخر: فعن مالك: يعطى الأكثر بالصرف،

قال اللخمي: قال محمد: فإن كانتا دراهم وسبائك فضة، أو قمحاً وشعيراً، أخذها، ولو أوصى بعبد لفلان ثم قال: بعده فهو رجوع، ولو قال لفلان، وبعده[1] لفلان في كلام واحد كبيع من هذا بثلثي ثمنه، وأعطى ذانك الثلثان فلاناً، وإن لم يشتره أعطى ثلث ثمنه للورثة، ولو وصى به لفلان وبعتقه في كتابيْن أو كتاب: فالمعتبر الأخير، وقال أشهب: العتق أولى تقدّم أو تأخر لشرفه، وقال عبد الملك: إن مات عن وارث واحد وأوصى بثلثه له، ثم قال: ثلثي لفلان الأجنبي، ثم قال: لفلان، وهو الوارث فهو للأخير منهما، ويلزم على قوله إذا كانا أجنبيين أن يكون رجوعاً عن الأول، وقال فيمن قال: عبدي مرزوق لمحمد، ولسعيد مثله، يعطى لمحمد، ويشترى لسعيد مثلُه، ولو قال: وسعيد مثله بغير لام فهو بينهما نصفان أي مثله في الوصية. قال صاحب **المنتقى**: وكذلك في مائة دينار معينة، وأما غير المعينة فلكل واحد مائة دينار معينة، وأما غير المعينة فلكل واحد مائة مطلقاً لعدم الحصر بالتعيين، قال التونسي: إذا أوصى بمائة ثم بخمسين يحتمل الرجوع عن المائة وعدم الرجوع فيقسم نصفها مع الخمسين فيكون له مائة، ولم يقصد ابن القاسم هذا في قوله: يأخذ الأكثر وإلاّ يلزم أن يأخذ مائة وخمسة وعشْرين إذا تأخرت المائة ولم يقله بل أعطاه المائة لأنه لاَحَظَ أنّ الأخيرة إذا كانت أكثر فالعادةُ أنهما زيادة، وأبطل الأولَى لأنها بقيت مسكوتاً عنها، أو الأقَلّ فهو لم يصرح بالرجوع عنها ولا بزيادة الخمسين عليها، فله المائة فقط، وإن أوصى بدنانيرَ ثم بدراهمَ أو بعَرض: فَلَه الوصيتان، وقيل أكثرهما قيمة، ولو قال: عبدي لفلان، ثم قال: هو حر وجهل أي القولين أول. القياس: أن يكون نصفه حراً ونصفه لفلان، وقيل: الحرية أولى، وإن قال: هو لفلان ثم قال: بيعوه لفلان قيل: رجوعٌ، وقيل: يباع من فلان بنصف ثلث ثمنه، وقيل: إذا لم يكنْ لَهُ مال غيره: فالثلث بينهما على أربعة أجزاء: للموصَى لَه ثلاثة، كما لو

(1) في (د): لفلان وبيعوه من فلان. وهو مصحف.

وصى بماله لفلان وثلثه لفلان، قال ابن يونس: قوله في **الكتاب**: أوصى بثلاثين ديناراً ثم أوصى له بالثلث، يُضربُ بالأكثر. قال سحنون: معناه: التركة كلها عين، فلو كانت عيناً وعرضاً ضرب بثلث العرض، وبالأكثر من ثلث العين أو التسمية، وإن كانت كلها عرضاً ضرب بالثلث والتسمية، فإن لم يكن معه وصايا فإنما له الثلث إلاّ أن يجيزُوا فله الوصيتان، وإن أوصى بعشرة شياه ثم بعشرين: فَلَه الأكثر كالدنانير[1]، فإن كانت الغنم مائة فله خمسها بالسهم، كان أَقَلَّ من العشرين أو أكثر، وكذلك العبيد، وإذا قال: ثلثي لفلان وفلان وفلان ثم قال: وأَعطوا فلاناً مائة دينار: لأحد الثلاثة، ضرب بأكثر[2] الوصيتين قاله ابن القاسم. قال: وإنما يصح ذلك إذا كان ماله كله عيناً. أما العَيْنُ والعرض فله تُسُع العَرض، والأكثر من تُسع العين أو التسمية، وإن أوصى بمائة مبدأة، وبوصايا ثم لصاحب المائة بألف: قال مالك: يحاص بالألف[3] إن وقع له أكثر من المائة وأخذه فقط، أو يأخذ المائة المبدأة ويحاص بالألف في بقية الثلث، وإن قال: ثلثي في سبيل الله ثم قال بعد يومين: يقسم ثلثي أثلاثاً: ثلث للمساكين، وثلث في الرقاب، وثلث يحج به عني: قال ابن القاسم: نصفُ ثلثه في سبيل الله، ونصفه أثلاثٌ على ما نص، وإذا قال: غَلة عبدي لفلان، ثم قال: خدمته لفلان. قال أشهب: ليس برجوع بل يستخدمانه[4] أو يستغلانه بالسواء، فإن حمله الثلث وإلاّ خُيِّر الورثةُ بين الإجازة أو إسلام ثلث الميت، وإن قال: يخدم فلاناً سنين ثم هو حر، ثم قال: يخدم فلاناً سنتين، يحاصا في سَنَةٍ أثلاثاً.

فرع

في **الجلاب**: أوصى بمائة، ولآخر بخمسين، ولآخر بمثل أحدى الوصيتين:

---

(1) (كالدنانير) سقطت من (ي).

(2) في (ي): بأكثر من الوصيتين.

(3) في (ي): بألف. . . أخذه.

(4) في (ي): يستخدماه أو يستغلاه. وهو لحن.

رُوي عن مالك: نصف الأولى ونصف الآخرة لعدم الإختصاص، وروي: مثل الآخرة ترجيحاً للقُرْب، وقال أشهب: مثل أقلهما لأنه المتيقَّن.

فرع

قال صاحب **المنتقى**: قال ابن وهب: لفلان ولفلان عشرة ولا ينقص صاحب الثلث شيئاً: فله الثلث لتعذر ما عداه، وكذلك لفلان عشرة ولفلان ثلثي، ولا ينقص صاحب العشرة شيئاً، والثلث عشرة يأخذها صاحب العشرة فقط، ويستوي في ذلك التقديم في اللفظ والتأخير.

فرع

قال: قال أصبغ: لفلان عَبْدي سعيد أو بَدر: يتخيّر الورثة في أيهما يعطى. كما لو قال: له دينار[1] أو دابّة لأنّ (أو) للتخيير.

فرع

قال: ترك أخاه وجَده وعمه وأوصى بثلثه لأقاربه الأقرب فالأقرب: قال ابن القاسم: يبدأ بأخيه فيعطَى أكثر من الجَد لأنه يُدلي بالبنوّةِ وَهي أقرب من الأبوّة، ثم[2] يعطى الجَد أكثر من العم، لأنه يُدلي بالجَد فيقدم الجد عليه، ولا يخصص الأخ بالدفع لقوله: لأقاربي، فهذا طريق الجمع بين العبارة الأولى والأخيرة[3].

فرع

في **الكتاب**: أوصى له بمثل نصيب بنيه، وهم ثلاثة، فله الثلث لأنه المثل، أو مثل نصيب أحد ورثتي، وهم رجال ونساء: قسم على عدد رؤوسهم، وله مثل أحدهم إذ ليس الذكَر أولى من الأنثى، قال اللخمي: قال ابن أبي أنيس: إن كانوا

(1) في (د): كما لو قال: دينارا دابة.
(2) (ثم): سقطت من (د).
(3) في (ي): والأخرة.

ثلاثة لأنه جعله ولداً من أولاده فيكونوا أربعة، ولو قال: أنزلوه منزلةَ أحد ولدي، أو اجعلوه كأحدهم فالرُّبع اتّفاقاً، وكذلك إن قال: له نصيب أحد ولدي ولم يقل مثله، وقال عبد الملك: إذا كانوا ذكوراً وَإناثاً له نصف نصيب ذكر، ونصف نصيب أنثى كالخنثى، وعلى قوله: إذا أوصى بنصيب أحد ورثته وهم عشرة بنين، وزوجات، وأبوان، يُعطى ربُّع نصيب ذَكَر، وربُّع نصيبِ أنثى، وربُّع نصيب زوجة، وربُّع نصيب أحد الأبوين، وفي **الجواهر**: هو وارث معَ ولدي، أو مع عدد ولدي، أو ألحقوه بولدي، أو بميراثي، أو ورثوه في مالي، أو يقول في ابن مات أبوه: ورثوه مكان أبيه، هو في هذا كله رابع إن كانوا ثلاثة، ولو كان له ثلاثة ذكور وثلاث إناث فهو رابع الذكور، ولو كانت الوصية لأنثى فهي رابعة الإناث، قال صاحب **البيان**[1] قال مالك: إذا أوصى بنصيب أحد أولاده فمات بعضهم اعتبر مثل نصيب أحدهم يومَ يموت أحدهم، لأنه أوصى له بجزء معلوم، وجعل نصيب الولد تقديراً له، وقال ابن نافع: فيعتبر يومُ الموت لا يوم الوصية، لأنّ الوصايا إنما تعتبر يوم الموت، قال ابن كنانة: الأمر كذلك إن علم الموصي التعبير[2]، وإلاّ فيوم الوصية، قال شارح **الجلاب**: سواء يموت بعضهم أو يتوالد بعض، يعتبر نصيب أحدهم يومَ يموت الموصي، وإن لم يبق إلاّ واحد رجع الثلث إن لم يُجز الورثة. فإن أوصى بذلك ومات ولم يولد له: قال ابن القاسم: لا شيء، قال صاحب **المنتقَى**: إذا أوصى بسهم أو نصيب ولم يعينه: قال محمد: هو سهم مما انقسمت عليه الفريضة من عدد السهام. قلَّتْ أو كثُرَت. وقال ابن عبد الحكَم: الثُّمُن، لأنه يعقل الفرائض، وقيل: سهم من سهام الفريضة إن كانت تنقسم من ستة فأقل ما لم يتجاوز الثلث فيرد إلى الثلث إذا لم يُجز الورثة، ولا ينقص من السدس، واختاره محمد، وعليه جماعة الأصحاب، وعند ابن عبد الحكَم: يسهم مما يقسم على الفريضة. قلَّت السهام أو كثُرَت. وقال (ش): ما

---

(1) (قال صاحب (البيان)) سقطت من (د).

(2) كتبت في (د) بدون نقط، وهي في (ي) لا تقرأ لانطماس الصورة. وقد تكون: التغيير.

يختاره الورثة. وقال (ح): أقل سهام الورثة إلاّ أن يزيد على السدس فيعطاه، وإذا قلنا: يسهم مما تنقسم عليه الفريضة وكان أصلها ستة وتعول إلى عَشَرة. قال ابن القاسم: له سهم من عشرة لأنه أقل سهام الفريضة. قال الطُّرطوشي: مِن أصحابنا مَن قال: يعطى شيئاً يقع عليه سهم أو حَظ أو نصيب إذا أوصى له بأحَد هذه الألفاظ، وقاله القاضي أبو الحسن إلاّ في نحو الدرهم، بل على حسب قلة التركة وكثرتها، وقال (ش): ما يقع عليه ذلك الإسم وإن قل، وقاله (ح): نصيب أحد الورثة ما لم ينقص من السدس، ومنشأ الخِلافِ: أنّ السهم مجهول يقع على القليل والكثير، أو هو مقدّرٌ بما تقدّم في حكاية المذاهب، والأول الصحيح، لأنه يقال: سهم من اثنين ومن عشرة ومن ألف، وليس تحديده بمقدار أولى من خلافه، والأصل: أن لا يُخرج من مال الميت إلاّ ما يُتَيَقَّن. احتجّ (ح) (بأنّ[1] رجلاً جَعل لرجل سهماً من ماله على عهده – عليه السلام – فجعل له السدس).

وجوابه: منع الصحة، فلو قال: أعطوه ضِعف نصيب ابني. قال أصحابنا: يُعطى مثل نصيب الإبن، وقال (ح) و(ش): يعطَى مثلَه مرتين إن كان نصيبُ الإبن مائة أعطي مائتين، واختاره القاضي أبو الحَسَن منا، لنا: قول الخليل: ضِعف الشيء مثلُه، وضعفاه مثلاه، وقال المفسرون في قوله[2] تعالى: ﴿يا نِسَاءَ النَّبِيِّ مَن يَأْتِ مِنكُنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ يُضَاعَفْ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ﴾ أي تُعذَّب ثلاثة أمثال عذاب غيرها. وقيل: مثلين، ولأنه لو أوصى بضعفَي نصيب ابنه فعندنا يُعطى مثلَيْه، وعندهم ثلاثةَ أمثاله مَعَ أنه لفظ نفسه فيلزمهم مخالفة ظاهر اللفظ. احتجوا بأنّ أصل الكلمة التضعيف والزيادة، لقوله[3] تعالى: ﴿فَأُوْلَئِكَ لَهُمْ جَزَاءُ الضِّعْفِ﴾ والضعف أكثر من الواحد، وتقول العرب: أضعفتُ الثوب إذَا طويتَه

---

(1) رواه البزار في (مسنده) والطبراني في المعجم الكبير، عن ابن مسعود، وفي سنده العزرمي وهو متروك وقد تفرد به كما قال الطبراني. فالحديث واه لا يصح. أنظر: (الدراية) لابن حجر (291).

(2) (الأحزاب: 30).

(3) (سبأ: 37).

طاقتين، والورد المضاعف والنرجس. أي كل ورقة ورقتين. وأضعف العطاء أي مثله مرتين، والأصل: عدم الترادف بين المثل والضعف. **والجواب**: أن مقتضَى هذه النقول أن يكون الضعف مشتركاً بين المثل والمثلَيْن[1] لأنه اسم يقتضي الإضافة، لا يقال: ضعف إلاّ مع غيره، نحو لفظ (ثاني) يقتضي أولاً، ومثل يقتضي مثلاً آخر، وزوج يقتضي فرداً آخر معه، ثم إذا ازدوج اثنان قيل لكل واحد منهما: زوج، ولهما جميعاً: زوج وزوجان أيضاً، فبطل قولهم، أو نقول: مقتضى نَقلنا ونقلكم أن يكون اللفظ مشتركاً، والأصل: عصمة المال إلاّ في المتيقّن.

فرع

في **البيان**: قال ابن القاسم: قال: ثلث مالي حر، وغلامي فلان حر، بدىء بالغلام من الثلث لتعيُّنه، فإن فضل فضل اشتري به رقيق فأعتق، وإن كان له رقيق عتق ثلثهم بالقرعة لوصفه ثلثَ ماله بالحرية.

فرع

قال صاحب **المنتقى**: قال ابن القاسم: إن أوصى لفلان وللفقراء والمساكين بثلثه: أعطي فلانٌ حَاجتَهُ بالإجتهاد. وقال (ح): له الثلث، وللفقراء الثلث، وللمساكين الثلث، لأنّ العطف يقتضي الشركة. والشركة تقتضي التسوية عند الإطلاق. **وجوابه**: أنّ العطف إنما يقتضي الشركة في أصل الحكم، وهو كونه مُوصًى له، ونحن نقول به، وعلى المذهب: لو مات قبل القسمة لا [illegible] ورثته كموت أحد المساكين. وقاله محمد، وإن قال: لِقَرابتي[2] وللمساكين: قال ابن القاسم: نصفان، كما لو أوصى لشخصين معيّنين لاستوائهما في عدم التعيين كاستواء الشخصين في التعيين، وهو الفرق بينه وبين الأولى، ويحَاص[3] فقراء

---

(1) في (د): ألاّ أنه.

(2) في (د): لعبراني. كذا بدون نقط.

(3) في (ي): ويخص.

قرابته لقرينة[1] اقترانهم بالمساكين، وعن مالك: ثلثي لليتامى والفقراء والسبيل، يقسم بالإجتهاد، بين إخوتي وبين بني أخي، وبين ولد فلان، يقسم أثلاثاً على قدر الحاجة والعدد بخلاف لو قال: لزيد وعمرو، وأحدهما فقير، فالثلث بينهما نصفان.

القسم الثاني: في الأحكام الحسابية، قال اللخمي: إذا أوصى بجميع ماله ولآخر بثلث ماله، ولم يُجز الورثة فالثلث بينهما أرْبَاع، لأنه نسبة الثلث إلى جملة المال، وإن أجازوا تحاصوا كذلك في المال، أو بنصف ماله ولآخر ثلثي ماله، فالثلث بينهما أسْبَاع، أو المال فيجعل النصف ثلاثة فيكون الثلثان أربعة، أو نقول: أقل عدد له نصف وثلثان ستة فيجعل الثلث ستة، وجملة المال ثمانية عشر، أو نقول: مخرجه: النصف من اثنين، والثلثين من ثلاثة وهما متباينان، فبضرب ثلاثة في اثنين تكون ستة وهو جملة الثلث فيكون المال ثمانية عشر، والوصايا وإن سميت من المال فالحجر الشرعي يردها للثلث، فكأنه أوصى له بنصف الثلث وهو ثلاثة في هذه الصورة، وبثلثيه وهو أربعة فذلك سَبعة، وينتقل جملة المال إلى أحد وعشرين، لأنه المتحصل من ضرب ثلاثة في سبعة، ولو أوصى بالسدس والربع فخرج الربع أربعة والسدس ستة، فكأنه أوصى لهما بالمخرجين فيكون الثلث بينهما على عشرة، لصاحب الربع ستة[2]، ولصاحب السدس مخرجه، لأنه قد صرح أنّ صاحب الربع يفضل صاحب السدس بمثل نصف[3] السدس وهو ما ذكرناه، وكذلك النصف والثلث، مخرج النصف[4] اثنان ومخرج الثلث ثلاثة، فكأنما أوصى لهما بالمخرجين، لكن لكل واحد منهما مخرج صاحبه، لأنّ النصف أكثر من الثلث بمثل نصف الثلث، وهو زيادة مخرج الثلث على مخرج النصف، فيكون الثلث بينهما خمسة، وجملة المال

---

(1) في (ي): فقراء قرابته اقترافهم. كذا دون نقط.

(2) في (ي): لصاحب الربع مخرجه.

(3) في (ي): نصيب.

(4) (مخرج النصف اثنان) سقطت من (ي).

خمسة عشر، ولو أوصى بالنصف والثلث والربع فالثلث بينهم ثلاثة عشر، للنصف ستة والثلث أربعة والربع ثلاثة، لأنّ هذه الأعداد تثبت[1] هذه الوصايا، وهذا[2] الباب كثير الفروع فَقِسْ غير هذه عليها، واختلف إذا أوصى بثلث ماله ولآخر بعبد قيمتُه الثلث وأُجاز[3] الورثة قيل: يكون للموصى له بالثلث ثلثا الثلث، ولصاحب العبد ثلثا العبد وثلث العبد، بينهما نصفان، لأنه وصى بثلثه مرتين، وقيل: لصاحب الثلث جميع الثلث[4]، وللآخر جميع العبد لصحة إنفاذ الوصيتين، وإن لم يجيزوا[5] فالثلث بينهما نصفان لاستوائهما، وقيل يبدأ بصاحب الثلث ولا شيء للآخر لأنّ الميت إنما أوصى له من ثلثي الورثة، وإن قال: لفلان هذا وقيمته ثلث ماله، ولفلان خدمة هذا الآخر وأجاز الورثة لصاحب الخدمة، فله أن يخدمه ويقوم الورثة مقامه في المحاصة فما نابه أخذوه. وقال محمد فيمن أوصى بخدمة عبد ولآخر بعشرة دنانير وَلاَ مَال له سوى العبد وأجاز الورثة للمخدم الخدمة، فإنه يباع ثلث العبد محاصاً فيه. هذا بالعشرة والآخر بقيمة الخدمة، فما صار للمخدم أخذه ثم يختدم[6] ثلثي العبد حتى يموت فيرجع العبد للورثة إن صار له في المحاصة ثلث الخدمة فأقل، وإن صار له أكثر سلم الفاضل للورثة ولا يزاد على وصيته، وهو كرجل وصًّى لرجلين بثلث ماله ولآخر بنصف ماله فأجاز الورثة للموصَى له بالنصف فإنه يحاص الموصَى له بالثلث بجميع النصف، ويعطيه[7] الورثة تمام النصف.

---

(1) في (ي): سبب.

(2) في (ي): وهذه الأبواب كثيرة. . .

(3) في (ي): وما أُجاز.

(4) في (ي): المال.

(5) في (ي): وأن لم يجز الورثة.

(6) في (ي): يجتهد.

(7) في (ي): ويعطى

فرع

في **الكتاب**: أوصى لرجل بماله، ولآخر بثلثه، ولآخر بعشرين ديناراً، والتركةُ ستون، فلصاحب المال ستة أجزاء، وللنصف ثلاثة، وللثلث اثنان، والعشرون اثنان، لأنّ الثلث عشرون، فذلك ثلاثة[1] عَشَر يقسم عليها الثلث، وكذلك لرجل بثلث ماله، ولآخر بسدسه ولآخر بربُعه يتحاصون في الثلث من عين ودَين وغيرهما على حساب عَوْل الفرائض سواء، وإن أوصى بثلثه ولآخر بعبده، وقيمته الثلث، فهلك العبد بعد موت السيد، قيل: النظر في الثلث. فللموصَى له بالثلث ما بقي، لأنه لم يوقف إلاّ له، وإن أوصى بثلثه وربعه وشيء بعينه ضُرب في الثلث بالتسميات وقيمة المعين فما صار لصاحب المعين حصته في ذلك المعين، وما صار للأخوين شارك به الورثة، فإن هلك المعين بطلت الوصية فيه، والباقي بين أصحاب الوصايا الأُخَر، قال ابن يونس: قال مالك: إن أوصى بثلثه وبنصفه فأجازوا لصاحب النصف وحده أخذ النصف، والآخر خمس الثلث الذي كان يحصل له لو لم يجيزوا لصاحب الثلث وحده أخذه وأخذ الآخر ثلاثة أخماس الثلث. وقال أشهب: يتحاصان فما صار للمُجاز له أتموا له من مواريثهم لأنها لا تستحق الثلث قَبل الإجازة، وإن أجاز بعضهم دون بعض عمل مخرجها بغير إجازة، فما حصل لمن لم يجز له أخذه، ومخرجها مع الإجازة، فما وقع للمجاز أخذه، والفاضل عن حصته لو لم يجز للموصَى له، وبمذهبنا في التراجم في الثلث عند عدم الإجازة قال (ش)، وقال (ح): إذا أوصى بالنصف والثلث، الثلث بينهما نصفان وتسقط الزوائد عَلَى الثلث، وكأنه أوصى لكل واحد بالثلث، ونقص أصله فيقسم على التفاوت إذا أجاز الورثة، وإذا أوصى بالثلث وبالربع أو بالسدس، لنا: قوله[2] تعالى: ﴿**فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّما إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَه**﴾. والمخالف بدَّل، لأنّ الميت فاوت وهو سواء

---

(1) في (ي): خمسة عشر.

(2) (البقرة: 181).

بل نقول: إذا أوصى بماله وَقد[1] أوصى بجميع ثُلثه، وإذا أوصى بنصف ماله فقد أوصى بنصف ثلثه، وإذا أوصى بربع ماله فقد أوصى بربع ثلثه، فينبغي أن يقسموا على هذه النسبة أو نقول: ما قسم على التفاضل عند السعة قسم على التفاضل عند الضيق قياساً على المواريث، لأنها وصية لقوله[2] تعالى: ﴿يُوصِيكُم اللهُ فِي أَولَادِكُم﴾ فكما عمل في العول يعمل ها هنا. **احتجوا** بأمور: **أحدها**: قلبُ القياس المتقدّم فقالوا: وصية لا يزاحم فيها بأكثرها وهو الثلث، كالميراث لا يزاحم فيه بأكثره وهو الثلثان، و**ثانيها**: الزوائد لا تستحق بالوصية فلا يضرب به كَمَالِ الفقير.

والجواب عن الأول: أنّ الشرع ما سمى أكثر من الثلثين، وها هنا سمى أكثر من الثلث، ولا يتصوّر هناك الخمس والسبع ونحوهما بخلاف ها هنا، فدل على اتساعه.

والجواب عن الثاني: أنّ مال الغير غير قابل بخلاف ماله.

القسم الثالث: في الأحكام المعنوية، ففي **الكتاب**: أوصى بشراء عبد فيعتق، لم يكن بالشّراء حرّاً حتى يعتق، لأنه لو قبل فيه القيمة وجميع أحواله أحوال العبيد، فإن مات بعد الشراء وقَبل العتق، عليهم شراء رَقَبة أخرى ما بينهم وبين مبلغ الثلث لعدم تنفيذ الوصية، ولو أوصى بعتق عبد يُشتَرى ولم يسمٍّ ثمناً، أخرج بقدر قلة المال وكثرته، وكذلك إن قال: عن ظِهاري، لأنّ تصرف الإنسان بقدرِ ماله، وإن سمى ثَمَناً، لا يسعه الثلث اشتري الثلث، فإن لم يبلغ رقبة شورك به في رقبة، فإن لم يبلغ أعين به مكاتب في آخر نُجُومه، وإن سمّى ثمناً قدر الثلث فاشتري وأعتق عنه ثم لحق الميتَ دينٌ يخترق المال رَجَع العبد رقيقاً لظهور بُطلان الوصية، أو يخترق بعض المال عتق منه ما بقي بعد الديْن، ولا يضمن الوصي إذا لم يعلم بالديْن. قال ابن يونس: إذا مات قبل العتق وبعد الشراء: قال محمد: يشتري الورثة من ثلث ما بقي

---

(1) كذا ولعلّها: فقد.

(2) (النساء: 11).

أبداً، قاله ابن القاسم، قال محمد: ما لم يمت بعد قسمة الميراث فيشترى ما بقي من الثلث الأول شيء، وقال يحيى بن عمر: موته بعد القسمة وقبلها سواء، ويشترون ما بقي من الثلث الأول شيء، وفي كتاب محمد: لو أخرج الثمن فسقط اشتروا من ثلث ما بقي ما لم يتلف بعد القسمة فمن بقية الثلث، كموت العبد سواء، ولو هلك الثاني بعد القسم لعتقوا أبداً من ثلثه ما بقي أبداً، ما لم ينفذ العتق أو يقسم المال. فإن قسم وقد أخرج ثمنه فذهب فلا شيء على الورثة لحصول المفاصلة بينهم وبين الميت إلاّ أن يكون معه وصايا نفذت فليؤخذ مما أخذوا ثمن رقبة لتقديم العتق على الوصايا إلاّ أن يكون في الوصايا ما هو مثله فيكونان في الثلث سواء، ولو بقي بيد الورثة من الثلثين شيء فيه ثمن رقبة أخذ ذلك منهم بعد القسَم، واشترى به رقبة ونفذت الوصايا. قال محمد: لو جُنّ العبد قبل العتق خيِّر الورثة بين إسلامه وشراء غيره من ثلث الباقي وفداه وعتقه هو أو غيره. فإن أسلموه عتقوا غيره من ثلث الباقي، وإن فَدوه فمن ثلث الباقي لا أكثر[1] كأنهم ابتدؤا شراءه وذلك إن لم يكن قسم بالثلث. قال أصبغ: ويرجع في هذا إلى باقي الثلث الأول إذا كان قد قسم، ويقسم الورثة بالثلثين فينفذ لهم ولا يرجع عليهم بشيء في موت الرقبة ولا إسلامها لأنه صار ضمان[2] كل قسم من أهله، وعن أصبغ: إذا مات قبل العتق أو[3] ضاع الثمن ولم يفرط الوصي في تنفيذ العتق ولا في الشراء بالثمن المعزول لم يضمن، ولا يرجع في الثلث بشيء إن فُرّق في أهل الوصايا، وجنايته كمَوته[4] أو جني عليه جنايَة[5] لا يجرى مثلها[6] في الرقاب، بِيعَ واشترِيَ بثمنه مع ارش[7] رقبته، وإن لم يقبضها عتق وأعين في الأرش في رقبة، وإن فرط في العتق أو في الشراء حتى مات أو تلف الثمن أو جَنَى

---

(1) في (د): لأكثر.
(2) في (د): ضامن.
(3) في (ي): وضاع.
(4) في (د): كموته.
(5) في (د): خيانة.
(6) في (د): مثله.
(7) في (ي): أرشه.

ضمن الثمن لتفريطه، ولو كان الوارث الوصي فسواء فرط أم لا إن مات أو جني عليه أو جَنَى فلا بدّ أن يعتقوا من ثلث ماله رقبة أخرى لأنه لا ميراث إلاّ بعد الوصية، وهو الذي تولى ذلك، ولو كانت رقبة بعينها فسواء أوصى لصبي[1] أو وارِث لا شيء عليهم إذا مات فرطوا أم لا. لقَصره[2] الوصية على ذلك المعين. وإن جنى والثلث يحمله فهو دَيْن عليه وهو حر، فإن لم يحملها قسمت الجناية على ما عتق منها وما رقّ، وإن جني عليه فالأرش له وهو حر، قاله ابن القاسم كله، وقال أشهب: إذا لم يسمِّ الثمن لا ينظر إلى مقدار المال، بل يشترى رقبة وسط كما قيل في العدة، فإن عجز الثلث عن الوسط اشتري به ويحاصص أهل الوصايا ببقية الوسط، وهو استحسان، والقياس: محاصصتهم بقيمة أدنى ما يجزىء عن المظاهر[3]، والأول أحسن كالمتزوجة على خادم لها الوسَط. قال اللخمي: إن قال: إن اشتريتموه فهو حر: عتق بنفس الشراء. وإن قال: اعتقوه فهلك قبل العتق فثلاثة أقوال. ففي **الكتاب**: يشترون[4] إلى مبلغ ثلث المَيت، وعن ابن القاسم: من ثلث ما بقي كأنه لم يكن له مال إلاّ ما بقي، وقال ابن حبيب: القياس: أن لا يرجع في بقية الثلث بشيء والرجوع (استحسان، وإذا قال: اشتروا رقبة عن ظهاري ولم يوجد إلاّ ما يشتري به رضيع اشتري، أو معيب اشتري في التطوع دون الظِّهار، وإن لم[5]) يبلغ العتق عن الظِّهار أُطعم عنه. وفى[6] الإطعام أو بعضه، فإن كان فوق الإطعام ودون العتق أطعموا والفضلة لهم، والقياس: أن يتصدّقوا بها لأنها بقية الوصية المخرجة عنهم، وإذا طرأ الدَيْن بعد العتق: ففي كتاب محمد: يمضي العتق ويغرم الوصي.

(1) في (د): لوصي.
(2) في (ي): لقصره عن الوصية، (وعن) زائدة.
(3) في (ي): الظاهر.
(4) في (ي): يشتروا.
(5) ما بين القوسين سقط كلّه من (ي).
(6) في (ي): وجاء باطعام أو غيره.

فرع

في **الكتاب**: اشتروا عبد فلان لفلان، أو فاعتقوه، أو بيعوا عبدي من فلان، أو ممن أحب، أو ممن يعتقه، فامتنع المشتري أن يشتريه بمثل القيمة، أو البائع أن يبيعه في الشراء أو نقص في البيع ما بينه وبين ثلث قيمته إلى ثلث[1] المبيع كأنه أوصى له بأحَد الثلثين[2]، فإن امتنع المشتري أو البائع من الوصي[3]. بتلك الزيادة أو النقصان انتظر المشتري للعتق إن رضي بائعه وإلاّ رجع ثمنُه ميراثاً، لآنّ ذلك هو الممكن. رواه ابن القاسم، وروى ابن وهب: ينظر ما رجى بيعه إلاّ[4] أن يفوت بموت أو عتق، وأما الذي يشتري لفلان فيدفع ثمنه وثلث ثَمَنه للموصي أن يشترى له، لأنه القدر الذي وصَّى به له إن كان السيد امتنع طلباً للزيادة، وإن امتنع مطلقاً غِبطةً بالعبد رجع الثمن ميراثاً كما لو أوصى بمعيَّن فَهَلَك. وقال غيره: هما سواء، ويوقف الثمن وثلثه حتى يؤيس من العبد فيورث لأنه لم يرض[5] الموصى له بالعبد بعد شرائه إلاّ بعبد فلا يأخذ مالاً كما لو أوصي له بعبد فمات، وأما الذي أوصى له بأن يباع منه فطلب زيادة وضيعة على الثلث: فيخيِّر الورثة بين بيعه بما سئلوا أو يعطوه ثلث العبد لأنّ الوصية بالبيع منه على التعيين مظنة الوصية له ببعض العبد، والثلث أصل في الوصية فيرجع إليه. وأما الذي يباع ممن أحبّ دون رجل بعينه، وطلب المشتري وضيعة أكثر من ثلث الثمن يخيِّر الورثة بين بيعه بما سئلوا أو يعتقوا ثلث العبد لأنّ الوصية له في المعنى. رواه ابن القاسم، وروى غيره: ليس على الورثة غير بدل ثلث الثمن. فإن لم يجدوا مَن يشتري به لا شيء عليهم، لأنّ الوصية إنما تشعر بخلاصه من ملكهم إن أحبّ لا بالعتق، ولم يختلف قوله في المشتري للعتق. وأما الذي يباع ممن يعتقه فيخيِّر الورثة بين بيعه بما أعطى فيه أو يعتقوا ثلثه لأنّ العتق المقصود. قال صاحب **النكت**: إذا لم يجدوا

---

(1) في (ي): .. قيمته لا ثلث الميت كأنه. . .

(2) في (ي): الأمرين.

(3) في (د): الوصايا.

(4) في (ي): إلى.

(5) في (ي): يوصى.

مَن يشتري العبد بما يلزمهم من الوضيعة، والثلث يحمل العبد فها هُنا يقطع بثلث العبد، وإن لم يحمله قطع بثلث الثلث ولا يقتصر على ثلث العبد. قال أشهب: إذا قال: بيعوا من فلان فعليهم إعلامه بالوصية لأنه له. فإنْ باعوه بأكثر من الثلث رجع عليهم إذا علم بالزائد، لأنه حقه بالوصية، وكان ابن القاسم يقول: لا يرجع لأنّ ظاهر الوصية قد نفذت، وإذا اشتراه بأكثر من قيمته بكثير رجع بعد علمه بثلث القيمة لا ثلث الثمن، لأنه الذي اقتضته الوصية. قال أشهب: وإن قال: بيعوه ممن يعتقه أو ممن أحب: ليس عليهم إعلام المشتري بذلك لأنّ الوصية للعبد، وليس عليهم وضع شيء من ثمنه إذا وجدوا مَن يعطي، وإذا اشتراه بأكثر من ثلثي القيمة ولم يعلم، لا يرجع بشيء ولو بذل لهم ثلثي الثمن فأكثر لزمهم بيعه إن حمله الثلث. قال ابن أبي زيد في قوله: بيعوه ممن أحب، أو من فلان أو ممن يعتقه يلزمهم بيعه بثلثي قيمته: إنما ذلك إذا حمله الثلث. قال أشهب: لو كان العبد المال كله، أولاً يخرج من الثلث، لم يلزمهم بيعه بوضيعة ولا بثمنه كله، بل يخيّروا بين بيعه بثلثي ثمنه أو يعتقوا منه ما يحمله الثلث، لأنّ الوصية له، وأما بيعوه من فلان: فيخيّروا بين بيعه بثلثي ثَمَنِهِ أو يعطوا لفلان الثلث الميت[1] من كل شيء لأنّ الوصية له. قال سحنون: ليس للمريض أن يوصي ببيعه من أحد إن لم يحمله الثلث وإن لم تكن فيه محاباة، لأنّ الورثة قد ملكوا الثلثين بعد الموت فليس له الوصية ببيعه. قال أشهب: وكذلك لو لم يملك غير عبد فأوصى بثلثه لرجل وأن يباع ثلثاه بقيمتهما، فلا وصية له في الثلثين. قال أشهب: فإن أوصى أن يباع ولم يقل من فلان، ولا ممن أحب، ولا ممن يعتقه، إن شاء الورثة باعوه أو تركوه، لأنه ليس فيه حق لأحد. قال بعض القرويين: إذا أوصى أن يباع من رجل سماه جعلت قيمةُ رقَبتِه في الثلث، فإن حملها جَازَتْ بخلاف لو باع عبداً وحابى فيه في مرضه يجعل في الثلث المحاباة خاصة لأنه مثل البيع على نفسه وعلى الورثة، والذي أوصى أن يباع يلزم الورثة دون نفسه، لأنه لو باشره لم يلزمه من ذلك شيء. قال التونسي: إذا أوصى أن يباع عبده من فلان: عليهم إعلام فلان عند أشهب دون ابن

(1) كذا في (د). والكلمة لا تقرأ في (ي) لانطماس الصورة.

القاسم، فإن أبى شراءَه بوضيعة الثلث أعطي الثلث عند ابن القاسم ولا شيء له عند غيره، كأنه رد الوصية، ولم يقل ابن القاسم في الذي أوصى أن يشترى عبده فامتنع من بيعه: إنه يعطى ثلث الثمن كما قال في الذي أوصى أن يباع منه وهما سواء. قال مالك: وإن أوصى أن يشترى عبد فلان لفلان، فامتنع من بيعه بقدر زيادة ثلث الثمن، يعطى الثمن وثلثه لمن أوصى له بالعبد بعد شرائه. قال: وهو مشكل، لأنه أوصى له بعبد لا بثمن. ولو باع البائع العبد لم يكن له غيره، فإذا امتنع البائع: إما أن يكون للبائع الثلث الزائد كالذي يمتنع من الشراء، أو يكون الثلث الزائد للورثة. فلو كان ثمن العبد ثلاثين فهو بزيادة الثلث أربعون، وثلث الميت عشرون فيقول البائع: أبيعُ نصفه لتحصل زيادة خمسة، ينبغي أن يكون ذلك له، ثم يسلم ذلك للموصي، فإن امتنع لشركة في العبد لا ضنًا منه بالعبد: ينبغي على مذهب ابن القاسم تسليم العشرين له إن يطلب البائع الخمسة وحدها ويمتنع من البيع خشية الشركةِ في العبد، ينبغي أن يكون ذلك له كقوله في الذي امتنع من الشراء: إنّ له ثلث العبد، وها هنا أولى، لأنه امتنع خشية الضرر بالشركة لا ضناً منه بالقيمة، قال ابن يونس: إذا أوصى بوصايا وأن يشترى عبد فلان لفلان بحصة أقل من ثمنه وثلث ثمنه وامتنع البائع من بيعه: رَجَع لِلورثة على أحد القولين، ولا يقسم منه لأهل الوصايا كرد بعض أهل الوصايا، وهو الأشبه. قال أشهب: إذا أوصى ببيعه ممن أحبّ ووصايا وضاق الثلث: إن أجاز الورثة وإلاّ جعلوا الثلث فيدخل العتق ويبدأ به فيه، فإن فضل شيء فللوصايا، وقاله ابن القاسم، وفي كتاب محمد: يحاص بثلث ثمنه ذلك وذلك الذي يوضع لمن أحبّ العبد أن يشتريه أو رضي الورثة، لأنّ بَقيّته لا يلزمهم بيعه وينبغي على مذهب ابن القاسم إن لم يشتره أحد[1] يعتق ثلثه ويبدأ[2] على الوصايا فيعتق ما حمل الثلث، وعن مالك: إذا أوصى أن يباع ممن أحبّ وبوصايا يوضع ثلث ثمنه ولا يبدأ عليها. قال أشهب: وإذا بِيعَ للعتق وظَهَرَت وصايا لا تضر، ولو قال: يباع ممن أحب أو من

---

(1) (أحد) سقطت من (د).

(2) في (د): أن يبدأ.

فلان خَاصَّةُ به أهل الوصايا، قال: ولو طرأ دَيْن لرد عتقه أو بيعه ممن أحبّ إلاّ أن يَسع الثلث، وإن لم يسع الثلث وقد بيع ممن أحبّ فأعتقه رَجَع على المشتري بما وضع له ونفذ العتق. قال مالك: وإذا قال: بيعوه ولم يقل للعتق، ولا من فلان، ولا ممن أحبّ، لهم عدم بيعه لعدم تعلق حق بالمبيع لأحد، ولو قال: يخيّر في البيع والبَقا لبيع إن خرج من الثلث وشاء العبد، لأنها وصية له، ولا يوضع لمشتريه شيء، لأنه بيع غير متقرر، ولم يخص أحد بعينه، وإذا أوصى ببيعه ممن أحبّ أو من فلان فأعتقه الورثة فليس ذلك لهم، ويبيعوه بوضيعة الثلث، ولو قال: ممن يعتقه فأراد الورثة كلهم عِتقه كان ذلك لهم، لأنّ المقصود العتق. قال ابن كنانة في الذي يباع ممن أحبّ: لا يقام للمزايدة بل يَجمع له الإمام ثلاثة أو أربعة فيقوم ويحط ثلث القيمة، فإن أحبّ رجلين تَزَايَدَا عليه على أن يحطّ الثلث. فمن وقع عليه وضع ثلث ذلك الثمن عنه. فإن أحب رجلاً فاشتراه: قال أشهب: له الإنتقال إلى غيره، وثالث ورابع، ما لم يطل حتى يضر بالورثة. قال اللخمي: إذا قال: بيعوه ممن أَحَب فأحبّ أحداً بِيعَ منه[1]. فإن لم يشتره بقيمته حط إلى مبلغ ثلث قيمته، فإن لم يرضَ فقولان لِمالك، يخيّر الورثة بين بيعه بذلك وعتق ثلثه، وعنه: يكون رقيقاً لأنّ الوصية لم تَقتَضِ أكثرَ مما فعلوه، قال: ويزاد الثلث وينقصُ في هذه المسائل إلاّ في مسألتين: بيعوه من فلان للعتق، أو بيعوه للعتق ولم يسمّ فلاناً، وأما الإنتظار فيختلف: إن كان الإمتناع من الموصَى له لم ينتظر نحو: اشتَروا عبد فلان فيأبى البائعُ، أو بيعُوا عَبدي من فلان فيأبى الشراء فلا انتظار، لأنّ الموصَى له رضي بترك[2] الوصية، وإن كان الإمتناع من غير الموصَى له نحو: اشتروه للعتق فيأبى سيده بيعَه فالعبد له حق في العتق، ولم يكن الإمتناع منه، قال ابن القاسم: الثمن ميراث بعد الانتظار، ولم يجزه. وفي كتاب الوصايا الثاني[3] بعد اليأس، وقيل: لا ينتظر، وكذلك الجواب إذا قال: بيعوه من فلان للعتق فامتنع فلان من الشراء، واختلف إذا قال: اشتروا عبد ولدي فأعتقوه ومعه ورثة، فقال: مرة لا يزاد

(1) في (ي): به.

(2) في (ي): بثلث.

(3) في (د): الثامي. دون نقط.

على قيمته، وعنه: يزادُ ثلثُ قيمته، لأنه قد لا يعلم هذه الزيادة حتى يكون وصية لوارث.

فرع

في **الكتاب**: إذا أوصى بعتق عبد فلم يقبل فلا قول له، لأنّ العتق حق لله تعالى، ويعتق ما حمله الثلث، وإن وصى أن تباع جارية ممن يعتقها فأبت وهي من جواري الوطء، ذلك لما يدخهل عليها في ذلك من الضرر، ولا يتزوجها بعد ذلك إلاّ أوباش الناس، فهو كمن أوصى بضرر، وإن لم تكن من جواري الوطء بيعَتْ ممن يعتقها، وقيل: تُباع لِلمعتق مطلقاً تحصيلاً لمصلحةِ العتق ولا يلتفت إلى قولها، قال صاحب **النكت**: إذا أوصى بعتقها لم يقبل منها كانت من جواري الوطء أم لا، بخلاف وصيته ببيعها ممن يعتقها، والفرق: أنّ الوصية بالعتق مصلحة فلا بدّ من نفاذها، وفي البيع أراد مصلحة الورثة بالثمن[1] والجارية بالبيع فلها كراهة ذلك. قال ابن يونس: قال أصبغ: إذا قال لورثته: اعتقوها فقالت: لا أحب، فهو مثل: بيعوها ممن يعتقها في القياس، واستُحسن عتقها إن حملها الثلث، وإن[2] لم يحملها أو كان أوصى بعتق بعضها قبل قولها، أما لو قال: إن متُّ فهي حرّة نفذ العتق كما لو باشر عتقها. قاال مالك: وإذا أوصى بتخييره بين البيع والعتق فله اختيار كل واحد منهما بعد اختيار الآخر ما لم يبع أو تقوم لأنّ الأصل إبقاء[3] تخييره ما لم يتعلق به حق لله أو لآدمي، فإن قال[4]: بيعوني من فلان، فلهم بيعه في السوق توفيراً للثمن الذي هو حقهم، ولا يوضع منه شيء، وإن أراد البيع وأرادوا قيمتَه ليس ذلك لهم إلاّ برضاه، فإنّ الموصي قد يَقصِد بالبيع تخليصه من عداوتهم، وإن رضي بترك البيع والقيمة، لهم بيعه لأنه شأن الأملاك. وروى عنه أبو زيد: إن اختار العتقَ أو البيع له الرجوع ما لم يوقفه السلطان وشهد العدول بذلك.

---

(1) في (ي): أو الجارية.

(2) في (ي): أو لم يحملها.

(3) في (ي): بقاء.

(4) في (د): فإن قالوا.

فرع

في **الكتاب**: يجوز شراؤه ابنَه في مرضه إن حمله الثلث، ويعتق ويرث لتقدم حريته الموت، فإن أعتق عبده واشترى ابنه وقيمته الثلث بُدىء الإبن لجمعه بين قربتي العتق وصلة الرحم، وإن أُوصى بشراء ابنه بعد موته اشتري وعتق في ثلثه، وإن لم يقل: فاعتقوه، لدخوله في ملكه بالوصية، ولو كان عبداً كان ولاؤه له، والولاء فرع الملك. قال التونسي: إن قيل: إذا اشترى ابنه كيف يرثه وهو إنما يعتق بعد الموت والتقويم؟ قال: قال عبد الملك: القياس: عدم الإرث، ومنع أصبغ إرثه، لأنّ التقويم واعتبار الوصايا بعد الموت، ومالك يراه لما خرج من الثلث، لأنه لم يزل حرّاً كما أنّ غلة المبتل[1] وثمرة النخل لا تقوم، بل الأَصول وتتبعها الغَلات على أَحد القَوْلَيْن[2] كان الحكم تقدمها، ويلزم على قَول مَالك في تقديم الإبن على عتق العبد كما لو اشتراه صحيحاً أنه لو تقدم شراء العبد على شراء الإبن أن يقدم الإبن وهو بعيد، لأنّ الإبن إذا قلنا يعتق من الثلث فلا بد من الترتيب، فكيف يُبطل شراءُ الإبن عتقاً متقدّماً؟ قال أشهب: ولو اشترى ابنه وأخاه في مرضه واحداً بعد واحد فالأول أولى لتقدم استحقاقه، أو في صفقة: فقياس قول مالك: يتحاصان. قال: وأرى تبدئة الإبن وعتقه وتوريثه، قال ابن يونس: إن اشترى ابنه ماله كله عتق منه ما حمله الثلث، فإن كان يعتق على الوارث عتق الباقي عليه. وقال ابن وهب: إن اشترى من يحجب ابن الوارث ورث جميع المال. فإن كان لا يرث غيره جاز شراؤه لكل المال، ويعتق ويرث ما بقي، وإن كان لا يحجب وشارك في الميراث لا يشتريه إلاّ بالثلث ولا يرثه، لأنه إنما يعتق بعد الموت. وقد جاز المال لغيره، وقال أشهب: لا يشتريه إلاّ بالثلث كان يحجب أم لا، ولا يرث، وقال عبد الملك: كل مَن يجوز لها استلحاقُه يجوز له شراؤه بجميع المال، شارك في الميراث أم لا، لأنه لو استلحقه ثبت نسبُه وميراثه، ويمتنع

---

(1) كذا في (د). والكلمة غير مقروءة في (ي) لانطماسها.

(2) (على أحد القولين) سقطت من (ي).

شراؤه غيْر الإبن والآباء والأمهات والأَخَوات والأخوة[1] لأنه لا يستلحقهم، وقاله المدنيون، وعن مالك: يشتري الأب وغيره من الثلث ويرثه، وعن أشهب: ليس له شراء ابنه بماله كله إذا لم يكن معه مشارك في الميراث أو يكون مَن يرث في رق الولد، ويحجبه الولد الحر، فأما مع المشارك فلا يشتريه إلاّ بالثلث، وكذلك مَن يعتق عليه، وأنكر قول مالك: أنه لا يشتريه إلاّ بالثلث ولم يقصد. قال اللخمي: اختلف في الآباء والأبناء والأم والإخوة والأخوات والجدات كالاختلاف في الولَد: هل يعتقون من رأس المال أو من الثلث؟ فعن أشهب: من رأس المال، وعنه: ذلك إذا لم يكن معه وارث لأنهم أولى بماله، وخصص عبد الملك هذا بالإبن فيعتق من رأس المال فيرث، لأنّ له استلحاقه بخلاف غيره. وقيل: يختص برأس المال الولد وولَد الولد كان له ولدٌ آخر أم لا.

فرع

في **الكتاب:** أوصى بعتق أمته بعد موته بسَنَة، والثلث يحملها فما ولدت بعد موته، وقبلَ السنة يعتقون بعتقها وكذلك المكاتبة والمدبرة بعد العقد، وأرشُ خَراجها وقيمةُ مثلها قبل السنة للورثة لأنها ملكهم فيها، وما أفادت بعطية أو كسب لا ينزع منها كالمعتقة إلى أجَل يتْبعها مالها، وقيل: ينزع إذا لم يقرب الأجل، لأنها رقيق. فإن جَنَتْ خُيِّر الورثة في فداء[2]. الخدمة بجميع الجناية، أو يُسلموا الخدمة للمجني عليه ويقاص بها في الجناية، فإن وفَت قبل السنة رجعت للخدمة بقية السنة، وإن بقي من الأرش شيء بعد السنة عتقت وأتبعت به، وللوارث عتقها قبل السنة، لأنّ الحقّ له في الخدمة، والولاء للموصي، لأنه المنشيء للعتق مِن ثلثه، وإن كانا وارثين فأعتق أحدهما سقط حقه من الخدمة وحده، وبقيته حر، ويخدم الآخر إلى تمام الأجل. قال التونسي: مَن أعتق في صحته إلى أجل ثم مات فالأقرب أنّ للوارث انتزاع المال.

---

(1) (والإخوة) سقطت من (ي).

(2) (فداء) سقطت من (ي).

فرع

في الكتاب: أوصى لعبده بثلث ماله، وقيمتُه الثلث، عتق جميعه لأنه ملكه ثلث نفسه، فيعتق على نفسه[1] كما يعتق على الشريك المعتق، وما فضل من الثلث فللعبد، وإن لم يحمله عتق منه ما يحمله، وله مال استتمّ منه عتقه، (كما يقوّم على غيره، وكذلك إن أوصى له بالسدس وقيمتُه السدس عتق)[2] رواه ابن القاسم، وروى ابن وهب: لا يعتق فيما بيده ويوقف بيده لأنّ العتق على الغير لنفي الضرر عن الشريك وهو لا يضر نفسه. قال: قال مالك: فإن لم يترك غير العبد وأوصى بثلث ماله، وبيد العبد ألفُ دينار لا يعتق إلاّ بثلثه ولا يعتق فيما بيده بل يوقف بيده، لأنّ الموصي أوصى بعتق ثلثه، فالتكميل إنما يتعيّن[3] على السيد وهو معسر، بخلاف إذا كان له مال وأوصى له بثلث المال. وكذلك إذا كان للعبد امرأة حرة، وولدها منه أحرار فأوصى السيد لجميعهم بثلث ماله عتق العبد في ذلك، لأنّ ولده ملك بعضه، لكونه من جملة الثلث (وملك[4] هو من نفسه للبعض). قال صاحب النكت: قال بعض القرويين في مسألة الوصية لأولاد العبد: إن لم يقبل الأولاد عتق ما أوصى لهم به من أبيهم، وإن لم يقبلوه على الاختلاف، وإن قبلوا ما أوصى لهم به من أبيهم دون المال كمل عتقه في ذلك المال، وإن كان عليهم دَيْن فالمال في دَينهم، أما لو أوصى لهم من أبيهم فالعتق أولى من الديْن. قال ابن أبي زيد: ينبغي على قول مالك إن لم يقبل الولد الوصية من أبيهم وقبلوا الوصية في بقية الثلث: أن يعتق عليهم ما وقع لهم من ثلث أبيهم ولا يكمل عليهم، وعلى قول أشهب: لا يعتق حصّتهم من رقبته إلاّ أن يقبلوها فيتم عليهم باقيه. قال التونسي: إذا أوصى له بثلث تركته، عتق ثلثه في نفسه ويكمل عتقه فيما أوصى له به من بقية ماله، ويبدأ على الوصايا إلى تمام رقبته، وما فضل فهو له، وإن أوصى له بثلث

(1) (فيعتق على نفسه) سقطت من (د).
(2) ما بين القوسين سقط من (ي).
(3) في (ي): يعتق. وهو تصحيف.
(4) ما بين القوسين سقط من (د).

نصيبه[1] ومائة دينار لم يبدأها في الثلث وحاص بها أهل الوصايا، قاله مالك، وقال سحنون: لا يبدأ في الوجهين إلاّ بثلث نفسه، ويحَاص بما سوى ذلك لأنها وصية كغيرها. قال ابن القاسم: إذا أوصى لعبده بثلث ماله ولأجنبي بثلث، يتحاصان، فما صار للعبد عتق فيه، أو للأجنبي أخذه ولا يبدأ العبد لأنه عتق على نفسه. قال التونسي: ولا فرقَ في الحقيقة بين الوصية له بثلثه أو بثلث نفسه وبمائة دينار، بل ينبغي التبدئةُ فيهما لأجل العتق، وبدأه عبد الملك في نفسه في الثلث ولم يبدأه في المائة، ولم يبدأه ابن القاسم في بقية الثلث مع قوله: إنه يعتق فيه، وهو يدل على أنّ ذلك ليس من جهة الميت[2]. فلهذا عتق على العبد، وهو غير[3] قادر على رد عتق ثلث نفسه، وإذا أجاز ذلك وأجاز عتقه في بقية الثلث لأنه عتق على نفسه، لزم عليه إذا وهب رجل لعبده نصفه وعليه من الدَّيْن ما يستغرق النصف الآخر أن يقوَّم النصف على العبد إن كان له مال، ولو أوصى له بنصف نفسه أن يكمل، وقال أصبغ: وإن أوصى له بربع نفسه وثلث ما يبقى من ماله سوى العبد: فإن قال: لم يعتق إلاّ ربع العبد، ولا يعتق نفسه في بقية الثلث، وإن لم يقل، دخل في ذلك بقية رقبته ثم يقوَّم على العبد ما بقي من رقبته إن عجز منها شيء في مال نفسه، فقد بيّن أنه إذا قال: سوى العبد أنه كالموصَى له بمال مع ثلث رقبته، وأنه لا يقوَّم في ذلك، وإن لم يقل: يقوَّم في مال نفسه وبقية الثلث، وينبغي على قوله أن[4] لا يقوم في مال نفسه لأنّ مال نفسه ليس هو الوصية. فإن أوصى لعبده بشيء بعينه فلم يحمله الثلث قطع له فيه ولم يعتق[5] على القولَيْن، وإذا أوصى له بخدمة أو سكنى ولم يحملها الثلث قطع له بالثلث شائعاً. وعتق في ذلك، فإن أوصى له بدنانير تخرج من الثلث حاضرة لا يحتاج إلى بيع العبد أخذها إذا حملها الثلث،

---

(1) في (ي): نفسه.

(2) في (ي): الثلث.

(3) (غير) سقطت من (ي).

(4) في (ي): .. قوله لا يقوم.

(5) في (ي): ولم يقطع.

وإن لم تحضر كلها واحتيج إلى بيع العبد لتكميلها. ولا يتم الثلث الآن لِلعبد: رَجَع ذلك كله عتقاً، فيعتق من العبد ثلث جميع الميت، وكذلك لو أوصى له بدراهم ودنانير ولم تقلّ من ثمنه، وليس له إلاّ العبد ، عتق منه بقدر ذلك ، وليس للورثة إعطاء ذلك ، ولا يعتق العبد، وإن وصى له بثلث ديْن عليه شاهد، حَلَف معه كحلف الورثة، ولو أوصى له بعتقه لم يحلف له مع شاهد يقوّم للميت ليعتق فيه، والصورتان تَؤُلاَن إلى عتق، وفي كتاب ابن سحنون في عبد له امرأة وأربعة أولاد أحرار أوصى سيده بثلث ماله لجميعهم: تطلق عليه امرأتُه إن قبلت والثلث بين الولد والأبوين أسداس، للعبد الثلث من نفسه، ولبنيه أربعة أسداس، ويعتق نصيبه ونصيبيهم، وبيد[1] الزوجة سدس ثلث ينضم إلى ما يقع له ولبنيه من بقية الثلث، فإن وسع بقية العبد عتق، وإلاّ فما وسع من ذلك وإن كان فيه، وما عتق في سهمه وسهم بَنيه ويبقى سهم المرأة، فإن بقي للعبد ولبنيه من الثلث بقية فهي على خمسة أجزاء، عتق سدس المرأة فيما للعبد من بقية الثلث، فإن لم يفِ عتق باقيه على بنيه فيما لهم من ذلك وغيره إن قبلوا الوصية، ولا يقوّم على العبد باقيه في مال إن كان له على مقتضى رواية ابن وهب عن مالك، قال: وفيه نظر، لأنه جعل ثلثي الورثة من العبد تقوم على العبد وعلى بنيه، ولم يبدأ بالتقويم على العبد، فإن عجز قوّم على بنيه فيما ورثوا في غيره، والتحقيق: لا فرق بين ثلثي الورثة وسدس المرأة، وينبغي على مذهب ابن القاسم لو لم يقبل الولد الوصية في رقبة أبيهم أن يعتق ذلك عليهم وأن لا يقوَّم عليهم في بقية الثلث كمن أوصى لولده بمن يعتق عليه أنه يعتق ولا يقوّم عليه، وعلى قول غيره: لا يعتق عليهم منه شيء، قال سحنون: فإن أوصى لعبده بثلث ماله وللعبد ولد رقيق للسيد فالأب أولى بالثلث يعتق فيه، فإن بقي منه شيء دخل فيه الإبن بالعتق ما بلغ الثلث، ثم قال: الذي يعتق على بَنيه ما صار لهم منهم في الوصية، ويأخذ ما بقي مالاً مع أنّ مذهبه أنه إذا أوصى لعبده بثلثه إنما يعتق ثلثه بلا تقويم على نفسه فكيف قال

(1) في (ي): وبين.

هاهنا يستتمّ في بقية الثلث، وإذا حمل عليه في بقية الثلث على قوله كمل عليه ابنه في بقية الثلث. قال ابن يونس: قال ابن كنانة: أوصى بأن يباع منه بعشرة لأخيه وللعبد بقية نفسه، بيع منه بما ذكر لأخيه، وعتق باقيه إن حمل الثلث، ويقوّم في ذلك بماله. قال ابن القاسم: أوصى أن يباع بثلاثين منها لفلان عشرة فبيع بذلك فأكثر لا يزاد على العشرة، أو بأقل وأكثر من عشرين فله ما زاد على عشرين، أو بعشرين لم يكن له شيء، لأنه إنما أوصى له بالزائد عليها، وقيل: له ثلث ما بيع به مطلقاً بأقل من ثلاثين، لأنه له بثلث ثلاثين، وقال أشهب: له عشرة ولو لم يبع إلاّ بها فأقلّ، لأنه أوصى له بها. قال مالك: وإذا قال: ثلث عبدي له وله مائة دينار ليس له أن يأخذ بالمائة في نفسه عتقاً لأنه إنما أوصى له بها مالاً. قال ابن القاسم: لو أوصى له بثلث ماله وأوصى بعتق عبد آخر بيد الموصَى بعتقه لأنه عتق على الميت، وذلك عتق على نفسه. قال ابن القاسم: وإن أوصى بثلث ماله لابن عبده والإبن حر كبير، وقَبل الوصية عتق عليه أبوه، أو لم يقبل [illegible] ثلث الأب لدخوله في ملكه، فهو أولاً يفتقر إلى القَبول، وإن كان صغيراً عتق [illegible] وإن أوصى له بثلث ماله وفي التركة أخوه فليس له أن ينكّب عنه حذر العتق، بل إن قَبل عتق عليه كله، ورد للورثة بقية القيمة، وله قَبول الوصية إلاّ ثلث أخيه، ولا يلزمه عتق باقيه بل يعتق ثلثه لدخوله في ماله.

فرع

في **الكتاب**: أوصى بخدمة عبده سنة، لا يبيعه [illegible] القبض بعد سنة لأنه معيَّن بتأخر قبضه فهو غَرر، وإذا أوصى بخدمة او غلة نخل أو السكنى سنة، جعل في الثلث قيمة الرقاب، فإن حملها نفذت الوصايا، وإلاّ خُيِّر الورثة في إجازة ذلك أو يقطع الموصى له بثلث الميت في كل شيء بتلاً، قال صاحب **التنبيهات**: لو لم يعلم المشتري بذلك حتى انقضت السنة بأن يشتريه ويودعه فيسافر[1]. ثم يقدم فيعلم ويرضى قيل: يفسد لوقوعه أولاً فاسداً على الخِلاف في

(1) في (ي): فسَافرَ.

علم أحد المتعاقدين بالفساد، وعلى القول بجوازه[1] يخيّر في التمسك، ولا كراء له في السنة، أو يقسم البيع لأنه عيب. قال التونسي: إنما جعلت الرقبة في الثلث لأنّ الميت أخرجها عن الورثة مع الخدمة مع إمكان عدم الرجوع إليهم، وأوصى مع ذلك بوَصَايا قوّمت[2] الخدمة بقدرها وحوصص بها لأنّ الرقبة ها هنا سَقَط إخراجها عن الورثة، ويصير إنما له مال يحاصص به وهو قيمة الخدمة، وهو حكم الغَلات كلها. قال ابن يونس: قال محمد: لو قال: عبدي لفلان بعد سنة، أو يخدمُ فلاناً سنة، أو هو لفلان، فأصل مالك: أنه متى زاد على ثلثه وأَبى الورثة الإجازة فإنهم يخرجون لأرباب الوصايا من ثلث الميت من عين أو دَيْن أو غيرهما إلاّ في خصلة واحدة اختلف قول مالك فيها: دابة بعينها أو عبد بعينه وضاق الثلث، فقال مرة: كما تقدّم، وعنه: يعطى مبلغ ثلث التركة في ذلك المعيّن لاختصاص الوصية به، قال: وهو الصواب الذي يثبت عليه قول مالك، ومن قال: يخدم فلاناً سنة ثم هو حر فلم يقبل فلان، خَدَمَ الورثة ثم عتق، ولو وهبها العبد أو باعها منه فهو قَبول، ويعتق مكانه لسقوط الخدمة المانعة من العتق، وإن كان غائباً أجره له السلطان وعتق بعد الأجل إلاّ أن يريد به الكفالة والحضانة فينتظر ويكتب إليه أو يخرج العبد إليه. فإن انقضت السنة من يوم موت الموصي عتق خَدَم أم لا، كما لو قال مالك: لو قال لعبده: اخدُمني سنة وأنت حر فأَبَقَ أو مرض حتى مضت السنة عُتق، أو قال: عبدي حر بعد عشرين سنة فإنّما يُحسب من يوم الموت دون الوصية، وإذا أوصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر بعد موته، فنفقته على المخدَم لأنه الحائز له ولمنافعه الآن، وكذلك ما تلده جاريته في حياته لرجل، وبرقبتها لآخر، فالنفقة على مَن له الولد، وزكاة الفِطر هل هي على المخدَم أو صاحب الرقبة وهو مذهَب الكتاب؟ قولان. قال اللخمي: حساب السنة في الغائب من يوم الموت محمول على أنّ الموصي اعتقد أنه حاضر، وإلاّ فالسنة من يوم وصول العبد إليه،

---

(1) (بجوازه) سقطت من (د).

(2) في (ي): قدمت الخدمة لغررها. وهو مصحف.

وخدمة ما بين وصوله إليه للورثة، ونفقتُه[1] عليهم، والموصي: يخدم فلاناً حياتَه يُخدم ولدها معها. وكذلك ولدَ المخدم من أَمَته بعد الوصية، لأنّ الخدمة تقرير لما أوصى به، وأما نحو ثلاث سنين وهو يرضع لا يبلغ الخدمة قبل الحرية. عتق الولد الآن، لعدم الفائدة في إيقافه، إذ لا خدمة له في ذلك الأجل، وإن كان المرجع لرجل[2] فالولد له من الآن. قال صاحب **التنبيهات**: عن مالك: في نفقة المخدَم ثلاث رِوايات: على المخدم في مال نفسه، فإن لم يكن له مال فعلى مَن له الخدمة، وفي **الكتاب**: زَكاة الفطر على ربه، وإن جعل رقبته لآخر: فَعَلى صاحب الرقبة. وقال أشهب: على مَن له الخدمة فيهما[3].

فرع

في **الكتاب**: ولد الأمة للموصى بِعتقها قبل موت سيدها رقيق، لأنّ الوصية إنما تعتبر بعد الموت، لأنّ له الرجوع قبل ذلك، وبعد موته حر معها في الثلث أو ما حمل الثلث بغير قرعة. قال التونسي: لم يذكر ها هنا خلافاً كالثمرة تحدث بعد موت الموصي. فقال مرة: تقوّم الأصول وحدها فإن خرجت من الثلث تبعها[4] الثمرة. وقال مرة: يقوَّم الجميع، وأما إن أوصى بحمل الأمة فإن خرجت الأم من الثلث عتق الولد إذا خرج، وإن لم يخرج من الثلث عتق منهما ما حمل الثلث، ولم يقطع بالثلث للموصَى له بالجنين كما قال في السكنى والخدمة، لأنّ الجنين كأنه بعض الأمة فقطع له في جنسها. قال ابن يونس: لو ماتت الأم قبل القيام في الثلث عتق ولدها بعد الموت من الثلث. وكذلك لو أوصى بعتقها وهي حامل وقال: ولدها مملوك، فولدت بعد موته، عتق ولا يَنفَع استثناؤه لأنه على خِلاف عند الوصية، قال مالك: ولو أوصى أن تُباع ممن أَحبت وكانت حاملاً فتأخر ذلك حتى ولدت فولدُها معها حر للوصية، لأنّ القاعدة أنّ كل ذات رحم فولدها

---

(1) في (د): ونفقته.

(2) في (ي): المرجع له في الأجل فالولد...

(3) (فيهما) سقطت من (ي).

(4) في (ي): بيعتد

بمنزلتها . ويروى ذلك حديثاً، قال ابن القاسم: ولو أوصى أن يحجّ عنه بثمن جارية فولدت بعد الموت دخل ولدها معها، وإن أوصى أنها حرة إن أسلمت فغفل عنها بعد موته حتى ولدت ثم أسلمت دخل ولدها معها، وكذلك إن ودت عشرة دنانير، أو[1] إن رضي أبي فهي حرة فغَفَلَ عنها حتى ولدت ثم كان ذلك، ولا يجعل بيعها إن أبت أن تبذل عشرة حتى يُردّد عليها فتَأْبى، ولها الرجوع ما لم ينفذ فيها حكم بيع أو قسمة، لأنه حقها حتى تمكن من تعلق حق غيرها، وإن أوصى له بعشرة من غنمه فمات وهي ثلاثون فصارت خمسين. قال سحنون: له خُمسها، وقاله أشهب، وقال مرة؛ له من الأولاد بعدد الأمهات.

فرع

في **الكتاب**: أوصى بحمل أمة أو وهبَه أو تصدّق به ثم أعتقها هو أو ورثته، عتق وبَطلَت الوصية وغيرها، لأنه لو وهبها ثم فلس بيعت وما في بطنها للمشتري. قال صاحب **التنبيهات**: إذا أعتقها الوارث قبل الوضع فولاؤها للوارث المعتق، قال اللخمي: إذا أوصى بجنين أمة لزيد جعل في الثلث الأم لامتناع الورثة من التصرف فيها، فإن لم يحملها الثلث ولم يجيزُوا الوصية بالعتق جعل في الثلث الأمة وعتق منها ومن وَلَدها ما حمله الثلث، وإن كانت الوصية لرجل قطع له بثلث الميت سابقاً لأنّ الوصية به معاوضة من الميت لأخذه سهماً أقل من الثلث. وهو الجنين، ووقف عليهم التصرف في الأم بخلاف إذا أوصى بعتقه، لأنّ من شرط الوصية بالعتق جمع ثلث الميت في عين المعتق، لأنّ الموصَى له لما تعذر جعل الثلث في الجنين جعل في الأم لينال من العتق أكثر مما يكون لو كان شائعاً. فإن أوصى بالجنين لرجل وبالأم لآخر فأُعتق الأم الموصَى له بها: ففي **الكتاب**: يمضَى عتق الأم ويسقط حق الموصَى له بالولَد، وعن ابن القاسم: يوقف عتق الأمة حتى تضع فيقوَّم الولد على أن يعتق الأم فيعتقان، وعنه أيضاً:

(1) في (ي): وإن رضي.

يوقف عتقها حتى تضع فيأخذ الولد الموصى له بعد، ويمضى عتق الأم بالعقد الأول وهو أحسن للإجماع على أنّ عتق الولد لا يسرى للأم، وليس لمن أعتق بعض الأم. وإن وهبه ثم أعتق الأم قبل الحوز مضى العتق وسَقَط حق الموهوب من الولد، وبعد الحوز امتنع عتق الأم حتى تضع.

فرع

قال اللخمي: إذا أوصى لبكر لا وليٌّ لها ودَفَعَ الورثة ذلك لها بغير إذن الإمام برأوا، لأنه أوصى بدفع ذلك إليها. قال: وأرى إن كان لها وصي أن يُدفع إليه، إلاّ أن يعلمَ أنّ الميت أراد دفعَ ذلك إليها توسعة في مطعمها.

فرع

في **الكتاب**: إذا أوصى بشراء عبد ابنه لا يزاد على قيمته لئلاّ يكون وصية للوارث، بخلاف الأجنبي.

فرع

في **الكتاب**: إذا قَتَلَ الموصَى له الموصي خطأً جازت الوصية في المال دون الدية، لأنّ الوصية إنما تدخل فيما علمه الموصي، أو عمداً فلا في المال ولا في الدية، قياساً على الوارث، وإن أوصى له بعد أن ضربه خطأً وعلم به جازت في المال والدية لعلمه بها، ويجوز في المال دون الدية في العمد لأنه قد لا يصالح عليها فهي غير معلومة له. قال صاحب **التنبيهات**: إذا حيي حياة بينة وعرف ما هو فيه والوصية مقدمة ولم يغيرها ولا جدد أمراً فقيل: ينفذ وهو ظاهر ما في (كتاب الديات) وتدخل الوصايا في ذلك على العموم، وقيل: لا تدخل إلاّ أن ينص عليها ولو قبله الموصَى له عمداً، قال في الهبات: تبطل الوصية ولم يفصل علم أم لا، ولا يتركونها في مال ولا دية، وعنه: إن قَتَله عمداً بعد الوصية بَطَلَت لإرادته بتعجيل ما أحله الله تعالى، وعنه: تبطل في المال والدية إلاّ أن يعلم أنه قَتَله عمداً فيوصي له بعد علمه فيجوز في المال دون الدية إن قُبلت، وقال محمد: يجوز في المال دون الدية عَلِمَ أم لا، لانتفاء التهمة بتعجيل الوصية، وجعل ابن أبي زيد هذا معنى ما

في **الكتاب**. قال صاحب **النكت**: قال بعض الصقليين[1]: قوله في **الكتاب**: إذا قَتَله خطأً الوصية في المال دون الدية، معناه: إذا مات بالفور، أما لو حَيِيَ وعَرَفَ مَا هُو فيه كانت في المال والدية. قال التونسي: في **كتاب محمد**: إن قال: إن قبل ولاتي الدية فالوصايا[2] فيها، لم تُدخل الوصايا في الدية إن قبلوها، لأنّ عفوهم مشكوك فيه. قال: وهو مشكل، لأنه لو قيل: غَرِقت سفينتُكَ فقال: إن سلمت فالوصايا فيها، هل يمكن أن يقال: لا تدخل الوصايا فيها؟ وفي كتاب محمد: إن أوصى لمكاتب فقتله سيد المكاتب: إن كان ضعيفاً عن الأداء، والأداء أحب للسيد، امتنعت الوصية لاتّهامه في تعجيل منفعته، أو قوياً على الأداء وعجزُه أحب لسيده جازت في الثلث، وإن كان القتل خطأً جازَتْ مطلقاً، والمستحسن ها هنا: أن تكون من الثلث والدية لأنّ الموصَى له غير القاتِل، فالآخذ غير الغارم، وإن أوصى لعبد رجل أو مدبَّره أو معتَقه إلى أجل فقتَلَه سيد الموصَى له بَطَلت الوصية إلاّ في التّافه الذي لا يتهم فيه، وإن كانت خطأً جازت، واستحسن أيضاً أن تكون من الثلث والدية، فلو قَتَله أبو الموصي[3] أو ابنُه أو امرأتُه أو عبدُه جازت الوصية في العمد والخطأ لعدم[4] التهمة، (فلو وهب[5] في مرضه فقتله الموهوب بعد القبض أو قبله نفذت من الثلث في العمد والخطأ لعدم التهمة). وكذلك لو أقرّ له بديْن فقتَله، ولو كان الديْن مؤجلاً أخَذَه حالاً، ولا يتهم في تعجيل الديْن كأم الولد إذا قَتلت سيدها فعفا عنها عجل عتقها، وقد قيل: إذا علق عتق عبده على موت دابة فقتَلها العبد عُدواناً تعمر ويعتق بعد تعميرها، ولو قامت البينة على القتل فعفا الولد عنه صح عفوه ولا يرثه لاتهامه في العفو على الميراث، بل له أن يوصي له بقدر إرثه، لأنه غير وارث بخلاف الإبراء إلاّ أن يجعل وصيته لأنه جعله من رأس المال

---

(1) في (ي): المقلين. وهو خطأ.

(2) في (ي): فالوصية.

(3) في (د): الموصَى له.

(4) في (ي): لتعذر. وهو تحريف.

(5) ما بين القوسين سقط من (د).

فأشبه قوله: أعتقتُ هذا في صحتي تبطُل، ولا تكون من رأس المال ولا ثلث على أحد القولين، وقيل: من الثلث. قال ابن يونس: لو أنفذت مقاتله وقَبلت ولاته الدية وهو حي فَعَلم بها فأوصي فيها، دخلت فيها وصاياه لعلمه بها، ولو أوصى لمعتُوهٍ نفذت الوصية لعدم التهمة لعدم القول المرشد لها، وكذلك الصبي، قاله أشهب، وفي **الكتاب**: أوصى لامرأته[1] في صحته ثم تزوجها، ثم مات، بطلت الوصية. وفي **المجموعة** أوصى لابنه العبد أو النصراني فعتق أو أسلم قبل الموت بطلت الوصيةُ، لأنّ الوصايا إنما تعتبر عند الموت. قال اللخمي إن أوصى له بعد الجناية ولم يعلم قاتله لا شيء له، قال ابن القاسم: إلاّ أن يعلم أنه علم وأوصى له بعد ذلك، وقال محمد: إذا أوصى له بعد الجناية وهو لا يعلم نفذت الوصية، وقاس مالك القتل على الميراث، وهما مختلفان لأنه لو أوصى أن يورث من الدية ما جاز، ولو أوصى لغير الوارث بثلث الدية جاز، وتعلقهم بأنّ الدية تجب عليه فلا يأخذ منها لئلاّ يؤدي لعدم القيام بالواجب، يبطل، فإذا أوصى لغريمه بثلث ماله فللغريم من الديْن الذي عليه ثلثه، ولو جنى على عبد مريض فللموصَى له ثلث قيمة ذلك العبد، ولو أوصى لامرأة في صحته فتزوجها في صحته بطلت الوصية، لأنها وارثة، أو تزوجها في مرضه لم تبطل، ولو أوصى لها في المرض وتزوجها في المرض فكذلك، لأنّ النكاح فاسد، وإن تزوجها في الصحة وطلّقها في المرض ثم أوصى بطلت لأنّ الطلاق في المرض لا يبطل الميراث طلقها برضاها أم لا. قال: وأرى إن سألها أن لا ترث ولها الوصية إن كانت مثل ميراثها فأقل، وإن كانت أكثرلم تعطَ الزائد لاتهامها في العمل على ذلك، ولو وهب أخاه في مرضه هبة فقبضها ثم مات بطلت لأنه يخرج من الثلث.

فرع

في **الكتاب**: إذا مات الموصى له بعد موت الموصي فالوصية لورثته علم بها أو لا، لأنها حق موروثهم ولهم عدم القبول كالشفعة وخيار البيع إذا انتقل إليهم. قال

---

(1) كذا. والصواب: لامرأةٍ.

اللخمي: إذا مات في حياة الموصي بطلت الوصية لأنها إنما تعتبر عند الموت وعند موت الموصي هل هو غير أهل، ووافقنا (ش)[1] في الموت في حياته وبعدها أنها تبطل أولاً فتنقل للورثة في الثاني، وقال الأبهري: الأشبه إذا مات بعد موت الموصي أن تكون لورثة الموصي لأنها على ملك موروثهم حتى تخرج بالقَبول من الموصَى له. قال صاحب **التنبيهات**: تبين بهذه المسألة أنّ القبول لا يشترط قبل موته ولا علمه، وقال الأبهري: وتكون لورثته إذا قبلها، وقيل: تورث عنه على كل حال وليس لورثته ردّها ولا يحتاجون لقَبول: قال ابن يونس: إذا مات في حياة الموصي وبطلت: اختلف قول مالك هل يحاص بها ورثة[2] الموصي أهل الوصايا أم لا.

فرع

في **الكتاب**: لا تدخل الوصية إلاّ فيما علمه الميت لأنه الذي توجه إليه القصد والوصايا[3]، ويدخل المدبر في الصحة فيما علم وما لم يعلم، والفرق: أنّ الوصية تمليك فافتقرت للوصي، والمدبر يخرج من الثلث بحكم الشرع دون السيد، وإن أوصى بثلثه أو عتق أو غيره ولا مال له أو كان له ثم هلك عن مال مستفاد أو موروث وعلم بذلك المال قبل موته، دخلت فيه الوصايا، وإن لم يعلم فلا، وكلُّ ما يَرجع بعد موته من عُمْرَى أو غيرها تدخل فيه الوصايا، لأنه معلوم، ويرجع فيه مَن انتقصَ من وصيته شيء، وإن أوصى بعتق كل مملوك له وقد ورث رقيقاً لا يعلم بهم لم يعتقوا، لا يعتق إلاّ من علمه منهم، قال صاحب **التنبيهات**: ظاهر **الكتاب**: يقتضي أنّ المدبر في المرض والمبتل فيه لا يدخلان في المجهول، وعليه حمله المحققون، وفي **الموازية**: المدبر فيهما سواء يدخلان[4] في المعلوم والمجهول، واختلف في المبتل في المرض: ففي **الكتاب**: لا يدخل، وخرَّج الشيوخ على ما في

---

(1) (ش) سقطت من (د).

(2) في (ي): هل يحاص بها ورثة أرباب الوصايا...

(3) في (ي): والرضا.

(4) في (ي): ويدخل.

الموازية: دخول المبتل لأنه أقوى وهو بعيد لنصه في **الموازية** على الفرق، ولا قياس مَعَ النص، قال اللخمي: أرى إن كانت الوصية بالثلث لا ينفذ المعلوم وصًّى لواحد أو لِجماعة، معينين أم لا، لأنه القدر الذي وصّى به، فلو وصى بزكاة أو كفارات أو هدي وضاق الثلث تمت مما لا يعلم به لقصده تنفيذ ذلك عنه، وقد قيل: إنّ ذلك يخرج من رأس المال عند ابن شهاب. فإن أوصَى بتطوّع وعدة وصايا مخالفة وضاق الثلث فذلك أشكل، وقد قيل: إنّ قصد الميت إنفاذ جميع ذلك من ثلثي الورثة، ولهذا يخيّروا بين الإجازة والمحاصة في الثلث، والتبدئة بالآكد إن لم يجيزوا، فَعَلى هذا تنفذ الوصية فيما لم يعلم به، لأنه إذا رغب في إتمام ذلك من غير ماله وهو مال الورثة فأولي من مال نفسه، وقيل: الوصية على ثلثه لا غير فَعَلَى هذا لا يخير الورثة لأنه لم يتعرض لهم، ولا تدخل الوصايا في المجهول واختلف في الدين في الصحة: والذي ثبّت عليه مالك: الدخول في المعلوم والمجهول كما اختلف في مدبر المرض، والذي ثبت عليه ابن القاسم عدم الدخول في المجهول، والفرق: أنّ الصحيح يَجهل ما يموت عليه، فقد قصد بمدبره المجهول، والمريض يتوقع الموت فما قصده إلاّ ما يعلمه حينئذ. وهذا مات من هذا المرض، فإن مات من غيره أو من غير مرض فكالصحيح، وما ذهب ولم يقطع بعدمه فهو كالمعلوم، فإذا عاد الآبق دَخلَت فيه الوصايا وإن أيس منه، وإن أقرّ بديْن متهم فيه ولم يجزه الورثة لم تدخل فيه الوصايا لإخراجه من ماله، وقيل: تدخل لتوقعه عدم الإجازة. وهذا إذا كان جاهلاً، أما العالم: فإنّ حكم الورثة التخيير تدخل فيه الوصايا. قال الأبهري: إذا أوصَى بثلثه وحدث مال بعد الوصية فعلم به حصلت الوصية فيه، وإن تقدّمت عليه، لأنّ المقصود ثلث المال عند الموت، ولو وهب هبةً فلم تُحَز عنه حتى مات لا تدخل فيه الوصية، وإن رجعت ميراثاً، لأنه أراد الوصية فيما عَدَاها، وفي شرح **الجلاب**: تدخل في المؤئس منه كالعبد الآبق عند مالك لعلمه به، وعنه: عدم الدخول للإياس، وقال (ش) و(ح): تدخل الوصايا في المجهول مطلقاً، لأنّ لفظ المال يتناوله، وقد قال: ثلث مالي، وانعقد الإجماع على الجهالة، لأننا في الوصية، وأنّ الوصي لا يشترط في تفاصيل الوصية بدليل دخول الوصية فيما

يحدث بعد الوصية، وأنّ الجاهلَ بتفاصيل ماله عند الوصية تنفذ وصيته في جملة ماله، و **الجواب**: قوله[1] عليه السلام: (**لاَ يَحِلُّ مَال امْرِىءٍ مُسلِمٍ إلاَّ عَن طِيبِ نَفسِهِ**). (والمجهول لم تطب به نفسه). خالفناه في تفاصيل المعلوم لتوجه القصد إليها من حيث الجملة؛ فإنه دخل في وصيته على ثلث ما يتجدد وعلى ما هو الآن في ملكه، ورضي بمقدار ذلك من حيث الجملة، أما المجهول على الإطلاق فلم يخطر له ببال، والأصل: استصحاب ملكه وإعمال ظاهر الحديث. ولا يلزم من إجماعنا على الجهالة التي اشتمل عليها المعلوم وقصد إليها من حيث الجملة تجويزنا المجهول المطلق كما أجمعنا على جواز السلم اقتصاراً على الأوصاف المشتملة (على الجهالة)[2] بخصوص العين، ومنعنا جهالة لم يشملها العلم من وجه، فكذلك ها هنا، وأصل نقل الأملاك الرضا بالإجماع؛ بدليل أنه لو لم يوص لم ينتقل ملك الموصَى له إجماعاً، فالمجهول مطلقاً كما لم يوص فيه[3].

فرع

في **الكتاب**: أول ما يبدأ به من الثلث: المدبر في الصحة على الوصايا والعتق الواجب وغيره لأنّ له الرجوع في العتق وغيره من الوصايا دونه، والتدبير على المبتل في المرض، وما أوصى به من الزكاة وفرط فيه من كفارة أو زكاة لأنّ المبتل في المرض كالوصية، وكذلك ما فرط فيه هو في الثلث، وأما ما تحلّ زكاته في مرضه أو مال يقدم عليه وقد حال حولُه، ففي رأس المال وإن لم يأمر به لم يقض به على الورثة بل يؤمر بهما لإحتمال دفعه إياه من جهة أخرى، وإذا أقرّ المريض بدَين أو أوصى بزكاة فرط فيها وبتل في المرض ودبر فيه، وأوصى بعتق بعينه وشراء عبد بعينه ليعتق، وبكتابة عبد له، وبحجة الإسلام، وبعتق عبد غير معين: فالدَّين من رأس المال، إن لم يتهم فيه لأنه

(1) رواه أحمد في (المسند 72/5) والبيهقي في السنن الكبرى 100/6) والطحاوي في (معاني الآثار) وغيرهم عن جماعة من الصحابة. وهو صحيح.

(2) ما بين القوسين سقط من (د).

(3) في (ي): به.

مستحق قَبل الإرث، ولقوله[1] تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ وهو مقدم على الوصية إجماعاً، وما ذكر في ثلث ما يبقى، فإن كان الدَّين لمن يجوز إقراره له أخذه، وإلاّ رَجَعَ ميراثاً، ثم يبدأ بالزكاة لوجوبها ثم المبتل والمدبر معاً في المرض، لأنه نجزهما ، ثم الموصى بعتقه المعين والمشترى بعينه معاً[2] ثم المكاتب لتوقف عتقه على أمر من جهته بخلافهما، ثم غير المعين لتعلق حق المعين لتعينه وتضرره بفوات العتق، وغير المعين لا يتضرر وغير المعين والحج معاً، وقد قال مالك: يبدأ بالعتق لضعف الحج. ويقدم الموصَى بعتقه على المشترى للعتِق غير المعين لتأكد ضرر المعين بالفوات، وإذا أوصى بشيء في السبيل بدىء بذي الحاجة، وإن قال: ثلث مالي لفلان والمساكين أو في السبيل والفقراء واليتامى قسم بينهم بالإجتهاد، ولا أثلاثاً ولا أنصافاً، وإن أوصى بعتق عبده بعد موته ولفلان بثلثه أو مائة دينار والعبد هو الثلث بديء بالعبد لشرف العتق وقوة التعيين، ولا يعتق إلاّ بعد سنة، ويخيّر الورثة بين إعطاء المائة أو الثلث للموصَى له بالثلث ويأخذون الخدمة أو إسلامها للموصَى له لأنها بقية الثلث، فإن أسلموها فمات العبد قبل السنة عن مال فهو لأهل الوصايا لإسلامه لهم، وإن لم يحمل العبد الثلث خيِّر الورثة بين إجازة الوصية أو يعتق من العبد مبلغ الثلث بتلاً، وتسقط الوصايا لتقديم العتق على[3] الوصايا لتشوف الشرع له، وقاله جميع الرواة إلاّ أشهب، وإن قال: إن متٌّ فأنت حر: قَدم المدبر في المرض عليه لأنه وصية، وقاله الرواة كلهم إلاّ أشهب. فإن باع عبداً في مرضه بمحاباة وقيمته الثلث وأعتق آخر قيمتُه الثلث بديء بالمعيَّن[4] كالعتق مع الوصية، وإن قال: إن متّ فمرزوق حر وميمون حر. على أن يؤديا إلى ذريّتي مائة دينار. فإن عجل ميمون المائة تَحَاصا لكونهما عتقا بعد الموت وإلاّ

---

(1) (النساء: 15).

(2) (معاً) سقطت من (ي).

(3) (العتق على) سقطت من (د).

(4) في (د): بالمعتق. وهو تصحيف.

بُديء بمرزوق، أبت[1] عتقه من غير شرط، فإن بقي من الثلث ما لا يحمل ميموناً خيِّر الورثة بين إمضاء الوصية أو تعجيل بقية الثلث من عتقه، وقيل: يبدأ الموصَى بعتقه على الذي قال: يؤخذ منه مال، لكونه من باب المعاوضة وهو أقوى[2] من التبرع المحض، وإن أوصى بكتابة هذا وبعتق آخر قدم العتق لتحققه، ويتحاص العتق بعد الموت. والموصَى بعتقه إلى شهر بعد الموت لقرب الأجَل، ولو بعُد كالسنة بديء المعجل ويتحاص الوصية بالمال والحج بمال وهو غير معين، فإن حمل الثلث الرقبة وتعين[3] الحج بديء بالرقبة وحج عنه بالنفقة من حيث تبلغ ولو من مكة جمْعاً بين المصالح وعتق عبده المعين في المرض، أو يوصي بعتقه بعد موته، أو بشراء معيَّن فيعتق، فذلك كله مقدم على الوصايا، والوصية بدنانير في رقبة يحاص بها أهل[4] الوصايا لقوة شبهها بالوصية، وعنه[5] عليه السلام، **أمرُه بتقديم العِتق على الوَصَايا**، وقاله أبو بكر وعمر رضي الله عنهما، ولا يقدم ما قدم الميت أول الكتاب، ولا يؤخّر[6]، بل الآكد في نظر الشرع إلاّ أن ينص على تقديم غيره، وقد قال[7] تعالى: **﴿مَنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾**. والدَّين مقدم على الوصية إجماعاً. وقال الشافعي[8]: إذا ضاق الثلث بسط على المستوية في المغنى[9] والزمان، فإن قدم بعضها قدم الأول فالأول، كانت جنساً واحداً أم لا، لأنّ التقديم يوجب

---

(1) في (د): ثبت.

(2) في (ي): أضعف.

(3) في (ي): وبعض.

(4) في (د): أصل.

(5) لم أقف عليه مرفوعاً وروى البيهقي في (السنن) أن عبد الله بن عمر قال: يبدأ في الوصايا بالعتق، وقال سعيد بن المسيب: مضت السنة أن نبدأ بالعتاقة في الوصية رواه البيهقي أيضاً (276/6) أنظر: (تلخيص الحبير 95/2).

(6) في (د): ولا يؤخر ما أخر.

(7) (النساء: 15).

(8) في (ي): (ش).

(9) (في المغنى) سقط من (ي).

الإستحقاق قبل صدور[1] الثاني. قال صاحب **التنبيهات**: قولُه: في الموصَى بعتقه إلى أجَل والآخر بمال: عليه الرواة إلاّ أشهب. قال أشهب: إما أن (يجيزوا العتق إلى أجَله ثم[2]) يخيرُوا في دفع الوصية للموصَى له أو إسلام خدمة ما يخرج من الثلث، أو يعتقوا محمد الثلث من العبد بتلاً، وعن مالك: يخدم (ثلث السنة ثم يعتق إذا لم يترك سواه، لأنّ الخدمة مبدأة في عتقه كله، فكذلك في عتق)[3] ثلثه أو ما يحمل منه الثلث، ثم رجع إلى تبدئة العتق على الخدمة لما حالت وصية الميت، وقاله في المدبر في المرض، ومَن قال له: إن متّ فأنت حر، يبدأ بالمدبر، إلاّ أشهب، يعني قال هذا إذا بدأ[4] بلفظ التدبير، ولو عكس تحاص، وقد رجع مالك إلى تحاصصهما، واختلاف قوله في الحج مع العتق المعين والوصايا هل يبدأ أو يحاصص. قال الشيوخ: ذلك في الضرورة، واختلف في صفة التبدئة: قيل: إذا بديء بالعتق أُضيف لوصية المال، فما صار ينفق في الحج يبدأ منه العتق، فإن بقي شيء فله وإلاّ سقط، لأنه قال: الوصية مبدأة على الحج ولم يقل على الوصايا، وقيل: يبدأ العتق ويتحاصص الحج والمال لأنه لم يفرق بين الضرورة وغيره، وقيل: يبدأ الحج على رواية ابن وهب، ويتحاصص العتق والمال، لأنّ العتق مثل الصدقة. ولم يختلف قول ابن القاسم ومالك أنّ العتق مقدم على وصية الحج التطوع، وهل يتحاص المال والحج أو يقدم المال؟ قولان. وقال أُصبغ: الضرورة وغيره سواء في المحاصة مع العتق بغير عينه والوصايا، وقوله في الموصَى بعتقه معيناً وشراء رقبة للعتق، يتحاصان، وكذلك المبتل والمدبر، وكذلك قال ابن القاسم في كتاب الزكاة في عبد الظِّهار والقتل، وقال أبو عمران: التحاصص في هذه المسائل بالإقتراع لأنه يعتق من كل واحد منهما كما يعتق من

(1) في (ي): صدقة.
(2) ما بين القوسين سقط من (ي).
(3) ما بين القوسين سقط من (ي).
(4) (بدأ) سقطت من (ي).

الآخر. وقال غيره: الحصاص على ظاهره بغير قرعة، وقوله: يقدم الآكد فالآكد إلاّ أن ينصّ على خلاف ذلك، معناه: في كل وصية يجوز له الرجوع فيها، فأما العتق والتدبير والعطيات المبتلات فلا يبدأ عليها غير المبتلات، لقوله بدؤه، لأنه لا يجوز له الرجوع فيها إذا أتى كذلك في أوقات مختلفة إما بلفظ واحد أو كتاب واحد وَوَصَلَ بكلامه التبدئة. فهذا ليس بتلاً منه بل أبقى النظر فيه بعد الموت ويقدم ما قال: يقدم، قال صاحب **النكت**: قوله: إذا باع عبداً في مرضه بمحاباة يقدم عليه العتق المبتل.

قال أشهب: ليس للمشتري أخذه بجميع ثمنه لأجل استيفاء الميت ثلثه. وأما إن بدأ بأحدهما قدم، وإن كانت العطية المبتلة، ويجعل ما يؤخذ من باقي ثمنه في عتق العتق ولو لم يكن إلاّ درهماً لتعذر الرجوع في المبتل، ولابن القاسم في تقديم المدبر في الصحة على صداق المريض ثلاثة أقوال: قدمه في **الكتاب** لأنّ تصرف الصحة مقدم على تصرف المرض، ولأنه ليس له أن يأتي بما يبطل تدبيره ويقدم الصداق لأنها معاوضة، ولو صحّ كان دَيناً ثابتاً، والتدبير في الثلث، ويتحاصان لتعارض الأدلة، ثم يقدم بعد ذلك الزكاة المفرَط فيها لأنها لا تعلم إلاّ من قوله، وما علم من غير جهته أقوى، ولأنّ صداق المريض والتدبير يقام بهما ويحاصص بهما فهما أقوى من حق المساكين، ثم العتق عن الظهار والعتق، لأنهما لهما بَدَلٌ عند عدمهما بخلاف الزكاة، فإن ضاق الثلث عن العتقين أقرع بينهما وهو معنى كلامه في **الكتاب**، وقيل: يتحاصا فما وقع للعتق شورك به في رقبة، وقيل: يقدم القتل لأنه لا إطعام فيه بخلاف الظهار، ثم كفارة اليمين لأنها على التخيير بخلافهما، ثم إطعام رمضان لوجوب كفارة اليمين بالقِران والإطعام بالسنة، والمقطوع بوجوبه أقوى، ثم النذر لأنه أدخله على نفسه، والإطعام واجب في أصل الشرع، ثم العتق المبتل في المرض والتدبير فيه عند ابن أبي زيد خلافاً لابن[1] مناس لوجوب النذر حالة الصحة وهما واجبان حالة الحجر،

(1) ابو موسى، له فتاوى في معيار الونثريشي، أنظر فهرسه.

ويتحاص التدبير والعتق الواقعان في المرض إذا ضاق الثلث إن كانا في فورٍ واحد، فإن تقدم أحدهما ثم الموصَى بعتقه المعيَّن وَالموصَى بشرائه للعتق المعيَّن والموصى بعتقه إلى أجَل قريب كالشهر أو يعتق على مال: يعجله عند ابن القاسم، لأنَّ له الرجوع في هَؤلاء بخلاف العتق والتدبير المبتلين في المرض، فإن ضاق الثلث عن هؤلاء يحاصوا لتساوي الرتبة، ثم الموصَى بعتقه إلى أجَل بَعيد كالسنة لأنه قد لا يقع، ثم الموصَى أن يكاتب أو يعتق على مال ولم يعجله لأنه ليس بعتق صريح ويتحاص الموصَى بكتابته والمعتق إلى عشر سنين لتساويهما، ثم النذر في المرض عند ابن مناس على الموصَى بعتقه غير معيَّن وبالمال وبالحج، ويتحاصص هذه فيما ناب الحج فالرقبة أولى به. قال التونسي: زكاة الفطر مؤخرة عن زكاة الأموال لوجوبها بالسنة. وقال أشهب: لا تقدم الزكاة على الوصايا بشقص عبد في مرضه ثم أُعتق الحر قدم الأول لبتله على قياس قول ابن القاسم، وقيل: يقدم العتق على مذهب أشهب، لقوله: المبتَّل والموصَى بعتقه يتحاصان، لقوله: إن مت فأنت حر، وإن عشت فأنت حر، وقال لآخر: إن مت فأنت حر فسوي بينهما في المرض، وفضَّل أحدهما على صاحبه، وقال محمد: هما كالذي بتل ووصي يعتق، فإن المَقول له: إن مت فأنت حر، ويلزمه: إن عشت فأنت حر. فإذا لم يصح فهو كالموصَى بعتقه وله الرجوع عنه. فلو قال: اشهدوا إن مت فقد رجعتُ عن الوصية بعتقه، رق لورثته على هذا، ولو باعه في مرضه بَطَل عتقُه إذا صحَّ، وقيل: كفارة القتل تقدم على كفارة الظهار بناء على الخلاف في العَود مَا هو؟ وإن لم يكن في ملكه إلاَّ رقبة واحدة على من لم يبدأ القتل اعتقوها عن أيهما شاءوا، ولو كان مع الرقبة ما يطعم عن الظهار عتقت عن القتل وكفَّر بالإطعام عن الظِّهار، والرقبة غير المعينة مبدأة على الحج، وقيل: الوصايا كلها مبدأة على الحج، وسواء عند ابن القاسم الضرورةُ وغَيرُه. ويقدم الحج عند ابن وهب على الرقبة المعيَّنة في الضرورة وإلاَّ قدمت. وفي كتاب محمد: أوصى بخدمة عبده لرجل، وبرقبته لآخر، ولم يوقت، ضرب صاحب الخدمة بخدمة العبد، وصاحب الرقبة بمرجع الرقبة فيأخذان ذلك معجلاً، تجعل الخدمة حياةَ الرجل لا حياة العبد،

والمعروف تبدئة الخدمة، ولو أُوصى بخدمته لفلان حياتَه ثم هو حر، وبمائة لفلان والعبد هو الثلث قوّمت خدمتُه على غررها[1]، فإن كانت مائة فالخدمة بينهما نصفان لأنه بقية الثلث، فإن مات العبد وترك دنانير فهي للموصَى له بالدنانير لا لصاحب الخدمة، لأنّ وصيته في شيء بعينه مات، ولو كان في الثلث زيادة عشرة على قيمة العبد أخذها صاحب المائة ليحصل عشر وصيته، وصاحب الخدمة عشر الخدمة، ويقسمان بقية الخدمة على جزء بقية الخدمة من بقية المائة.

قال ابن يونس: أول ما يبدأ به من التركة أسباب مواراته إلى دخوله قبره من رأس ماله، لأنّ سترة المفلس وقُوتَه مقدمان على الدَّين وغيره في الحياة، فكذلك في الممات. قال ابن القاسم: إن أعتق عبده في مرضه واشترى ابنه فأعتقه وقيمته الثلث قدم الآن[2]، وإن اشترى ابنه وأخاه في مرضه واحداً بعد واحد قدم الأول، أو في صفقة فقيل: يقدم الإبن لشرفه، وقيل: يتحاصان لاتّحاد العقد، وتقدم الصدقة المبتلة على الوصايا قاله مالك. وقال ابن دينار: يقدم على العتق المعيّن، لأنّ له الرجوع فيه بخلافها. قال ابن القاسم: ويقدم العتق المبتل عليها. قال عبد الملك: إذا أعتق عبده في المرض وأعتق من آخر نصف عتق جميعه ويبدأ ذلك النصف على الموصَى بعتقه لأنّ له الرجوع فيه.

قال اللخمي: الواجب ثلاثة. أحدها: ما يخرج من رأس المال بغير وصية، وما اختلف فيه هل يخرج من رأس المال بغير وصية وما يخرج من الثلث إن وصي به، ويجتمع في الزكاة. قال: لم يفرط فيها وهي زكاة حَبّ أو ثمار. فمن رأس المال بغير وصية، وكذلك الماشية إن لم تكن بِساعٍ، واختلف في زكاة العين إذا علم وجوبها ولم يفرط. قال ابن القاسم: إن أوصَى أخرجت من رأس المال لوجوبها كالدين. قال: وهو أحسن لاتفاقهما على زكاة الحَبّ والثمار أنها تخرج وإن لم يوصِ، ولقول ابن القاسم: إنها من رأس المال بعد الوصية، وإن أوصى بزكاة فَرط

(1) كذا ولعلّها: على قدرها.

(2) كذا ولعلّها: الإبن.

فيها فمن الثلث. وقال ابن شهاب: من رأس المال: وقال محمد: من علم منه التفريط فيها ولم يوصِ أخرجت من الثلث. قال: والقياس من رأس المال، وعن محمد: إذا مات المتمتع عند قضاء حجّه وبعده ولم يُهد عن متعته: أخرج الهَدْي من رأس المال، وإن فرَط سقط مطلقاً، ويقدم الهدي في الثلث على كفارة رمضان لوجوبه بالقُرآن، ويقدم هدي التمتع على الفدية لعدم التخيير فيه، والفدية على هَدي الفساد لأنها بالقرآن، ولآنها جبر الحج، والحج الفاسد يوتى ببَدَله، وإن قال: اعتقوا هذا وضعوا عن هذا كتابته تحاصا، أو: ضَعوا عن هذا كتابته وكاتبوا قُدم الأول، أو كاتبوا هذا وأعتقوا الآخر إلى سنة. قيل: يتحاصان، وقيل: يقدم العتق لتوقّع عجز المكاتب، ويقدم ما في ملكه على ما وصي بشرائه للعتق لتوقع الإمتناع من البيع. قاله محمد. وقال مالك: يتحاصان. قال صاحب **المقدمات**: قاله محمد. وقال مالك: يتحاصان قال صاحب **المقدمات**: يقدم ما يخرج من رأس المال على ما يخرج من الثلث كأم الولد والزكاة الحاضرة وما أقرّ به من المعينات، أو قامت عليه بينة، والرهن وغير المعين إن كان في التركة وفاءٌ به، وإلاَّ قُدم الآكد فالآكد، والمستوية يتحاص، فالآكد: تجهيز الميت لأنه [1] عليه السلام (**أمر بقَتلَى أحُد فزمّلوا بثيابهم**) ولم يعتبروا ورثتهم ولا ديونهم، ثم حقوق الآدميين كالدّيْن بالإقرار أو البينة، ثم حقوق الله تعالى كالزكوات والكفارات والنذور إذا أشهد على ذلك في صحته يقدم الآكد فالآكد من رأس المال. كما يبدأ الآكد فالآكد من ذلك في ثلثه إذا فرط فيه وأوصى به، وإذا مات عن الماشية وليس فيها السن الواجب فهي كالزكاة المفرَّط فيها، وإنما تخرج من رأس المال إذا كان فيها السن، وخالف عبدُ الملك ابنَ القاسم في التبدئة في الثلث فقال: المقدم: التدبير في الصحة، ثم العتق المبتل في المرض، ثم العطية المبتلة في المرض. ثم التدبير في المرض، ثم الزكاة المفرط فيها، ثم كفارة القتل، ثم الظهار. قال: وهو أحسن، لأن للموصي

---

(1) رواه أحمد في (المسند) وابو داود وابن ماجه في الجنائز عن ابن عباس وعبدالله بن ثعلبة بأسناد رجاله رجال الصحيح.

أن يرجع فيما أوصى به من الزكاة دون البتل والتدبير في المرض، ولأنه يتهم فيوصي بزكاة ليست عليه، وفي **المعونة**: الوصية بالعتق المعيَّن مقدمة على الزكاة لأمره[1] – **عليه السلام – بتبدئة العتق على الوصايا**، وهو بعيد في القياس. وقدَّم أبو عُمر الإشبيلي الوصيةَ بفداء الأُسَارَى على جميع الوصايا، والمدبر في الصحة وغيره. وقال: الشيوخ أجمعوا على ذلك.

فرع

قال: وصاياه موقوفة: إن مات فمن الثلث، أو صح فمن رأس المال، إلاّ أن تكون له أموال مأمونة ينفذ عتقه معجلاً وتقبض الهبات والصداقات قبل الموت. وقاله فقهاء الأمصار. وقال داوود: تصرفه كتصرف الصحة، وللجماعة حديث الستة الأعبُد لقوله[2] – عليه السلام –: (**إنّ الله أَعْطَاكُم ثُلثَ أَمْوالِكم**) الحديث.

تنبيه وتمهيد: قد تقدم تقديم بعض الأنواع على بعض التراجم الفقهية، وإفراد النوع الواحد هل يقدم منها ما تقدم سببه بالزمان؟ قال مالك في **المدونة**[3] في كتاب التدبير: مَن مات ومدبرين في صحة أو مرض أو في مرض ثم صح مدبراً ومرض مدبر فذلك سواء يبدأ الأول فالأول إلى مبلغ الثلث، وما بقي رق، فإن دبرهم في كلمة واحدة في صحة أو مرض عتق جميعهم إن حملهم الثلث. وإن لم يحملهم لا يقدم أحد على أحد بل يفضُّ الثلث على جميعهم بالقيمة، وإن لم يدع غيرهم عتق ثلث كل واحد ولا يُقرعُ بينهم بخلاف المبتلين في المرض في الثلث، قوله في **الكتاب**: يتحاص المدبر والمبتل، يريد: إذا كانا في فَور واحد، وإلاَّ بُدِيء الأول لأنه تقرر حقه فليس له إبطاله، ويراعى سبق الزمان في الزكاة والمبتل، فقوله في **المدونة**: تبدأ الزكاة. معناه: إذا كان الجميع في فور، أو قدم الوصية بالزكاة، وإن

---

(1) تقدم تخريجه.

(2) تقدم تخريجه.

(3) تصرف المؤلف في هذا النقل على عادته، وانظر (المدونة 296/3) طبعة (ساسي) التونسي.

تقدم العتق قدم على الزكاة لتقرره فليس له[1] إبطاله، فقد حصل النقل في هذه الثلاثة أنواع: التدبير، والتبتيل، والزكاة معهما، فهل تجرَى على ذلك كفارة القتل والظهار، وسائر الأنواع بطلب النقل فيه؟ أو يفرق بين مورد النقل وغيره بالفروق الفقهية.

فرع

في **الكتاب**: إذا شهدا أنّ أباهما أعتق هذا العبد وهو الثلث، وشهد أجنبيان أنه أوصى بالثلث: إن اتُّهما في جر ولائه سَقَطت شهادتُهما، وجازت الوصية وإلا جازت كما إذا كان معهما من الورثة نِساء. قال التونسي: إذا كان معهم من الورثة[2] نساء ووصية يتهمان[3] لاختصاصهما بجر الولاء (إن كان العبد يتهم في مثله، وتبقى تهمتهم على الوصية، فإنها لا يعود عليها منها شيء بخلاف الولاء)[4] ونفذها محمد مطلقاً لأنّ للميت العتق في المرض فيتخصص الذكران بالولاء، وإذا رَدَّ ابن القاسم شهادتَهما عتق عليها لإقرارهما بحريته وأنهما غَصَبَا الثلث، ولم يجعلهما كما إذا غصب من المال شيء أو ضاع لا يعتق إلاّ (في ثلث الباقي إن حمله، وقال أشهب: لا يعتق إلاّ ثلثاه)[5] وجعل الثلث المأخوذ للوصية كجائحة أتت على المال. قال: وهو الأشبه، ونحو هذا: إقرار أحدهما بمائة وقد ترك مائتين لهما. والمقر لا تجوز شهادته: فعند أشهب: تعطى مائة الدَّيْن، وما أخذه أخوه كجائحة طرأت على المال، وعند ابن القاسم: يعطى خمسين للدَّين ويعد ما أخذ بالحكم كأنه قائم، ويقول: إنما لَكَ عندي خمسون، وخمسون غصبها أخي فخذها منه، فإن كان المقِرُّ عدلاً حلف معه صاحب الدَّين على مذهب ابن القاسم، وعلى

---

(1) (له) سقطت من (د) ولا بدّ منها.

(2) (من الورثة) سقطت من (ي).

(3) في (ي): لا يتهمان. وكُتب بالهامش لعلّ إسقاط: لا. أصوب.

(4) ما بين القوسين سقط من (ي).

(5) ما بين القوسين سقط من (ي).

مذهب أشهب: لا ينبغي أن يحلف لاستحقاقه المائة بالإقرار، فهو غير منتفع بيمينه، بل هو يحلف ليأخذ غيرُه، وهو نحو قولهم في الشهادة في عدم الغريم: يحلف صاحب الدَّين معه، وهو لو شاء أخذ الحميل لما أنكر المديون، فصار المنتفع الحميل، فإن شهدتْ بينة بالثلث لزيد وأخرى بالثلث لعَمرو في موطنين قسم الثلثُ بينهما لإمكان كونه وصًّى به مرتين، أو في موطن واحد، فهو تكاذب يحكم بأعدل البيّنتين؟ فإن كان المردود شهادتُهما وَلَدَيْن فليس للمشهود عليهما بالثلث شيء لأنهما يقولان: غصب الثلث الموصَى به لك، وليس علينا تعويضك، وإن تكافأتا في العدالة سقطتا وصدق الورثة لمن أقروا له عند ابن القاسم القائل: إنّ البينتين إذا تكافأتا في شيء ادّعاه رجل في يد ثالث، هو للذي هو في يديه إن ادَّعاه لنفسه أو لمن أقر له به منهما، وعند مَن يقول: لا يكون لمن هو في يديه لاتفاق البينتين على أنه ليس له وأنه يكون لهما بعد أيْمانهما، فَعَلى هذا يتحالفان ويكون لهما لإتّفاق البينتين على إخراجه من ملك الميت، ولو شهد الوارثان بعبد لزيد وصًّى به الميت هو الثلث، وشهد أجنبيان بوصيته بالثلث لعَمرو، وليس الوارثان عدلين، أو يتهمان لمن شهدا له، يخرج الثلث بشهادة الأجنبيين، ودفعا العبد لزيد عند ابن القاسم كالعتق سواء. وعند أشهب: ثلثه كما لو ذهب الثلث بجائحة.

فرع

في **الكتاب**: يخدم عبدي فلاناً سنة ثم هو حر، ولم يترك سواه، ولم تُجز الورثة، بديء بعتق العبد بتلاً، وسقطت الخدمة، وعليه أكثر الرواة، فإن أوصى بخدمة عبده سنةً، أو سكنى داره سنة. وليس له مال غير ما أوصى فيهما[1] وما لا يخرج منه، خُيِّر الورثة في الإجازة أو يقطع ثلث الميت من كل شيء للموصَى له، لأنه مرجع الوصايا عند عدم الإجازة، وأما إن أوصى برقبة عبد أو دار لا يحملها الثلث، فله محمل الثلث من تلك الأعيان لتعلق اللفظ بها، فإن أوصى

(1) في (ي): فيه أو ما لا يخرج منه.

بخدمته سنة أو حياتَه، ثم هو لفلان: فإن حَمَلَه الثلث بديء بالخدمة لأنه مقتضى اللفظ اتفاقاً[1]، فإن انقضت الخدمة أخذه صاحب الرقبة، زادت القيمة أم نقصت، وإن حمل الثلث بعضُه خدم ذلك البعض إن كان نصفه: خدم يوماً الورثة ويوماً الموصى[2] له حتى ينقضي، فهو لصاحب الرقبة، وللورثة بيعُ حصتهم قبل السنة. قال صاحب **التنبيهات**: قال فضل: ينبغي أن ينظر قيمة الخدمة وقيمة الرقبة بعد مرجعها فتكون قيمة الخدمة للموصَى له بها شائعة، فإن اغترقت الثلث فلا شيء لصاحب مرجع الرقبة لتبدئة هذا عليه، وإن كان فضلاً فله في العبد، وبقيته للورثة. قال بعض الشيوخ: ويضرب صاحب الخدمة بقدرها. وصاحب الرقبة بقيمتها، على أنها لا خدمة فيها، وهو معنى قول ابن القاسم، وقال غيره: إنما يتحاصص بقيمة مرجع الرقبة، وهو مرويّ عن ابن القاسم. قال صاحب **النكت**: إنما أعتق ثلثه بتْلاً في المسألة الأولى إذا لم يُجز الورثة ولم يتأخرْ إلى الأجَل، لأنّ غرض السيد أن يعتق جملته إلى الأجل، فإذا بطل غرضه نفذتا[3] الآن ما كان يقدر عليه في الوصية. قال التونسي: مقتضى وصيته تقديم الخدمة على الوصية فكيف سقطت؟. وقد قال أشهب: يخدم بثلثه الموصَى له بالخدمة سنةً ثم يعتق ذلك الثلث نظراً للفظ الوصية، على أنّ ابن القاسم كان يقول: كأنَّ الميتَ إذا لم يجيزوا يقول: نفذوا ثلثي في الوصايا التي[4] أوصيت بها منجزاً، فصار في الوصايا مال وعتق، فيقدم العتق فَإن قَالَ الورثة: يجيزوا[5] العتق دون الخدمة، بقي معتقاً إلى أجَل، وللموصَى له خدمة ثلثه فقط، لأنه محمل الثلث، ولا حجة له لقدرة الورثة على تعجيل العتق فتسقط الخدمة. قال ابن يونس: لو أجازوا الخدمة دون العتق عتق ثلثه بتلاً، وخدم باقيه بقية الأجَل، للعبد يوم وللمخدوم يومان، فإذا

(1) (اتفاقاً) سقطت من (ي).
(2) في (ي): للموصي. وهو خطأ.
(3) (نفذتا) سقطت من (د)، ولعلّها: نفذ.
(4) في (د): الثمن، وهو تحريف.
(5) في (ي): نجيز.

انقضت الخدمة رجع ثلثاه[1] للورثة رقاً، فإن قال: يخدم فلاناً سنة ثم هو كذلك بعد سنتين: قال أشهب: إن حمله الثلث خدم الأول سنة ثم الورثة سنتين ثم أخذه الآخر. فإن كان العبد ثلثي الميت تحاصا في الثلث، هذا بخدمته سَنة، وهذا بمرجع الرقبة على غررها يشاركان الورثة فيما أصابهما في جميع التركة، هذا إذا لم يُجز الورثة، قال اللخمي عن مالك: إذا أُوصى بخدمته سنة ثم هو حر ولم يحمله الثلث ولم يجيزوا: ينظر إلى ما حمله الثلث، يخدم فلاناً سنة[2] ثم يعتق الجزء بعد انقضائها، وهو خلاف المشهور كما تقدم، ولم يختلف إذا جعل المرجع بعد الخدمة لفلان، لا يبدأ أحدهما على الآخر لهما منه ما حمله الثلث، يخدم الموصَى له بالخدمة ذلك الجزء فإذا انقضت[3] عاد لمن له المرجع، لأنه قصد قسمة ذلك بينهما. قال: قال: يخدم فلاناً سنة ولم يحمله الثلث ولم يجيزوه: قطع للموصَى له بالثلث شائعاً، وإن قال: له خدمته حياةَ العبد: قطع له في عين العبد بخلافِ الأول، لأنه ها هنا أخرج العبد جملة عن الورثة فأشبه الوصية برقبته، وبما عاوضهم على نصيبه بما أخذه من خدمة العبد على أن أعطاهم ما له فيه من المرجع، وكذلك إذا قال: يخدم ورثتي سنة ثم هو لفلان فيه معاوضة من الثلث، فإن لم يجيزوا قطع له بالثلث، وإن قال: يخدم فلاناً سنة ثم ورثتي سنة ثم مرجعه لفلان ولم يحمله الثلث: قطع للموصَى لهما بالثلث شائعاً، لهذا بقيمة خدمته سنةً، وللآخر بقيمة المرجع بعد سنتين، وإن قال: يخدم فلاناً عشر سنين ثم هو لفلان وجعل آخر لفلان تحاصا فما صار لهما بالخدمة والمرجع بقيمة ذلك العبد يبدأ الآن، لأنه أُخرج جميعه لهما، فما نال المخدم خدم الموصَى له مما حمل الثلث منه، ومرجع ذلك القدر لمن جعل له، وما نَابَ الآخر أخذه في عين ذلك العبد.

---

(1) في (د): ثلثا الورثة.

(2) في (ي): السنة.

(3) (فإذا انقضت) سقطت من (د).

فرع

في **الكتاب**: ثلاثة أعبد قيمتهم سواء: أوصي بأحدهم لرجل وبخدمة الآخر لآخر حياته، فإن لم يجيزوا أسلموا الثلث يضرب فيه صاحب الرقبة بقيمتها وصاحب الخدمة بقيمتها على غررها على أقل العمرين: عمر العبد والمخدَم. فإن مات قبل الأجل بَطَل حقه، وما صار لصاحب الرقبة أخذه فيها، أو لصاحب الخدمة شارك به في سائر التركة بتلاً، وكذلك إن وصى مع ذلك الآخر بالثلث يتحاصون في الثلث كما تقدم. قال ابن يونس: قال محمد: ويخيِّر الورثة في حصة صاحب الخدمة بين مشاركته وبين إسلام العبد بخدمة الأجل، وإن أوصى بالثلث مع ذلك وكان الثلث ثلاثين ولم يجيزوا والعبد الموصَى به قيمته ثلاثون وقيمة الخدمة خمسةَ عَشَر فالثلث بينهم على خمسة: لصاحب العبد جزءان، ولصاحب الثلث جزآن، ولصاحب الخدمة جزء، ولو وصى لرجل بثلث كل عبد منهم بتلاً، ولآخر بثلث واحد بعينه بتلاً فلكل واحد ثلاثة إن كانوا ثلاثة أرباع وصيته، فيصير للموصَى له بثلث كل عبد، ربع كل عبد وللموصَى له بثلث العبد ربع ذلك العبد، ويبقى نصفه للورثة مع ثلاثة أرباع الآخرين.

فرع

في **الكتاب**: أوصى لرجل بمائة دينار ولآخر بخدمة عبده حياتَه، ثم هو حرٌّ، وقيمة العبد الثلث، تقوَّم خدمةُ العبد إلى أقصرهما عُمراً: العبد أو الموصَى له، ويحاص بتلك القيمة هو وصاحب المائة في خدمة العبد، فإن هلك الموصَى له بالخدمة عتق العبد، وإن لم يحمل العبد الثلث ولم يجز الورثة عتق منه مبلغ الثلث وسقطت الوصايا: الخدمة وغيرها. قال ابن يونس: فإن كان العبد[1] أقل من الثلث قدم العتق إلى أجَل ثم تحاص الخدمةُ بقيمتها، وأهل الوصايا في بقية الثلث، وفي الخدمة، فيأخذ أهل الوصايا ما صار لهم في التركة وفي الخدمة،

(1) (العبد) سقطتِ من (د).

ويأخذ أهل الخدمة ما صار لهم في الخدمة، وإن كانت الوصايا في شيء بعينه أخذوا فيه ما نابهم. قال ابن القاسم: يضرب المخدم بقيمة الخدمة في الخدمة وفي بقية الثلث، ولا يجمع له حقه في أصل الخدمة. قال أصبغ: إن كان العبد مع عشرة دنانير هو الثلث أخذ العشرة الموصى له بالمائة وأخذ صاحب الخدمة عشرة، فإن كان قيمة الخدمة عشرة دنانير فقد صار عشرها للمخدَم ويتحاصان في تسعة أعشارها على أحد عَشَر جزءاً: عشرة أجزاء لصاحب المائة، وجزء لصاحب الخدمة، (ولو كان باقي الثلث خمسين أخذها صاحب المال في نصف وصيته، وأخذ صاحب الخدمة نصفها)[1]. ثم يتحاصان في نصفها فما بقي لهما: فإن كانت قيمة الخدمة كلها خمسين تحاصا في نصفها على الثلث والثلثين، وتقوّم الخدمة على غَررها باعتبار أقصر العمرين، فإن انكشف الغيب على خلاف ذلك التعمير: قال أشهب: يوقف للحصاص مرة أخرى ليتبيّن الخطأ، وخالفه ابن القاسم لأنه حكم مَضى مع توقع هذه الحالة. قال اللخمي: إن مات العبد وخلف مائة دينار أخذها الموصَى له (بالعين ورجع المخدم على صاحبه بقيمة ما أخذ من الخدمة، وإن خلف العبد خمسين أخذها الموصى له)[2] بالمائة، وهي نصف وصيته. ويكون للمخدَم نصف الخدمة باعتبار نصف ما بقي من الأجل، ويرجع على صاحبه بقيمة ما أخذ من الخدمة، وإن خلّف العبد خمسين أَخَذَها الموصَى له بالعين[3] وهي نصف وصيته، ويكون للمخدَم باعتبار نصف ما بقي من الأجل، ويرجع على صاحبه بنصف الأجل الآخر، يتحاصان فيه، هذا على القول بنقض الحكم.

فرع

قال في **الكتاب**: لفلان مائة دينار، ولفلان خدمة عبدي هذا حياتَه ثم هو

(1) ما بين القوسين سقط من (ي).

(2) ما بين القوسين سقط من (ي).

(3) في (ي): بالعتق.

لفلان، وضاق الثلث، ولم يجيزوا: يضرب في الثلث صاحب المائة بمائة ولا يضرب معه صاحب الرقبة إلاّ ببقية الرقبة، فما صار لهما أخذاه في العبد، وما صار لهما في العبد يبدأ فيه المخدَم بالخدمة فإذا مات المخدَم رجع ما كان من العبد والخدمة لصاحب الرقبة. وما صار لصاحب المائة شارك به جميع الورثة في جميع التركة، ولا يعمر المخدَم في هذه المسألة بخلاف التي قبلها، وإن قال: يخدم فلاناً ولم يقل: حياتَه ولا أجلاً، ورقبته لفلان ولم يقل: بعده: قوّمت الرقبة[1] وقومت الخدمة على غَررها حياةَ الذي أخدم، وتحاصا في رقبة العبد بقدر ذلك. وقال أشهب: بل هي وصية واحدة والخدمة حياة فلان ثم يرجع لصاحب الرقبة، قال ابن يونس: قال أبو محمد: قول أشهب أحسن، لأنك إن حملته على حياة العبد فهي رقبة أوصى بها لرجلين فهي بينهما، ولا معنى لحصاص الرقبة. قال محمد: وهذا أصل مالك. قال التونسي: كأنَّ ابنَ القاسم يريد: أنّ الخدمة تقوم حياة[2] وتقوم رقبة العبد. قال اللخمي: إذا لم يوقف الخدمة حملت على حياة المخدَم إذا قال: يخدم عبدي فلاناً، وإن قال: خدمة عبدي اختلف فيه: حمله ابن القاسم على حياة العبد، وأشهب على حياة المخدَم؛ ولو أراد حياة العبد لأعطاه العبد[3] بتلاً، والأول أحسن، ويصح إعطاء الخدمة دون الرقبة ليبقى ميراثه وجنايتُه له.

فرع

في **الكتاب**: إذا مات المخدَم أجلاً مسمّى قبل الأجل خدم الورثةَ بقيتَه إذا لم يكن من عبيد الحضانة والكفالة، بل من عبيد الخدمة، لأنّ من مات عن حق مالي أو متعلق بالمال فلورثته قياساً على المال، ولو وهب خدمة عبده لفلان فمات فلان فلورثته خدمة العبد ما بقي، إلاّ أن يفهم أنه أراد حياةَ المخدم. وقال أشهب: يحمل

(1) في (ي): التركة.

(2) في (ي): حمله. كذا دون نقط.

(3) (لأعطاه العبد) سقطت من (د) ولا بدّ منها.

على حياة فلان، ولو أراد حَياةَ العبد كان هبة للرقبة. قال ابن يونس: وقول مالك أبين، لأنه يهب الخدمة ويترك الرقبة ليأخذ ميراثها وجنايتها، أو يريد انتفاع المخدم بالعبد ولا يبيعه، ولو وهبه لباعه، ولو قال: يخدم عبدي فلاناً ولم يؤقت، ثم مات: اتفق الأصحاب أنه حياةَ المخدَم، وفرقوا بين المصدر والفعل المضارع، ولو أوصى لرجل بخدمة عبده حياته وأوصى بوصايا لغيره ولم يترك غير العبد وأجاز الورثة[1] الخدمة بيع ثلث العبد ويحاص في ثمنه أهل الوصايا، وصاحب الخدمة بالتعمير بثلث الخدمة[2] فما صار له أخذه بتلاً، ويستخدم ثلثي العبد حياتَه ثم يرجع إلى الورثة، قاله محمد.

فرع

في **الكتاب**: وصى بخدمة عبده لرجل حياتَه، وما بقي من الثلث فلفلان، والعبد الثلث بُدِىء بالخدمة، والرقبة بعد انقضاء الخدمة للآخر، زادت قيمته الآن أو نقصت، وكذلك داري حبس على فلان حياتَه، وما بقي من ثلثي لفلان، والدار الثلث. قال ابن يونس: لو مات العبد قبل التقويم لأحي[3] بالذكر، وأضيفت قيمته إلى ما بقي، فإن كان الثلث فلا شيء للموصَى له في بقية الثلث. ولو وصى مع ذلك بوصايا أُخرجت من بقية ما بقي ثم أحْي[4] الميت بالذكر وحسب مع الوصايا، فإن بقيت بقية من الثلث بعد ذلك أنفذت للموصَى له بالبقية، وإلاّ فلا شيء له. قال محمد: إذا كان العبد في المسألة الأولى أقل من الثلث يوم الحكم كان للموصَى له ببقية ما فضل عن الثلث من قيمة العبد، ومرجع العبد أيضاً متى رجع إن كان باقياً أو لورثته، وإن كان يوم الحكم أكثر خيِّر الورثة بين إجازة العبد كله للمخدَم يخدمُه[5] حياته على أنه إذا

(1) في (د): وأجازه الخدمة.
(2) (الخدمة) سقطت من (د) ولا بدّ منها.
(3) كذا في النسختين.
(4) كذا في النسختين.
(5) في (ي): يخدم.

رجع بما حمله من الثلث اليوم لا يوم يرجع، أو يقطعوا[1] للمخدَم بثلث مال الميت بتلاً من جملة التركة وتسقط لوصية بباقي الثلث، ولو أوصى أن يكاتب عبده بستين ديناراً وبباقي ثلثه لفلان والعبد الثلث فأقل، ورضي العبد بالكتابة قبل الكتابة، لصاحب بقية الثلث، وإن بقي بعد قيمة العبد من الثلث شيء هو له تبع للكتابة، لأنّ العبد إذا كان الثلث فقد استوفى الميت ثلثه، والورثة الثلثين، فلا شيء لهم من الكتابة، ولا حجة لهم إن الميت أخرج أكثر من الثلث[2] لأنّ الكتابة علة ذلك الثلث فهي كنفسه، لأنّ المريض إذا كاتب بألف وقيمة الرقبة مائة وهي الثلث وأوصى بالكتابة لرجل نفذت الكتابة والوصية، وقيل: يجْعل قيمة الكتابة في الثلث، ولو كانت أكثر من قيمة الرقبة، فإذا حملها بعد إسقاط قيمة الرقبة من مال الميت جازت الوصية والكتابة بالستين[3]، وإن كان ذلك كله أكثر من الثلث. قال مالك: إذا أوصى بوصايا وبقية[4] ثلثه لواحد، وأقام أياماً فأوصى بعتق رقيق له وبوصايا لقوم آخرين، ولم يقيد من الأولى شيئاً: يبدأ بالعتق ووصايا الأولين والآخرين سواء، فإن ضاق تحاصوا، لأنّ العتق مقدم على الوصايا لشَرَفه[5] وللحديث (والوصايا[6] كلها سواء، لا يكون للموصَى له ببقية الثلث شيء إلاّ بعد العتق) والوصايا الأُول. قال ابن القاسم: فإن مات أحد العبيد أو استُحِقّ وأخذت له، وَرد أحد من له الوصايا وصيته، ولا يأخذ من أوصى له ببقية الثلث من ذلك شيئاً ويدخل في الثلث قيمة الميت والمستحق والوصية المردودة، وهو كله للورثة، ولو أوصى لرجل بعشرة، ولآخر بعبده أو بعتق، ولآخر ببقية الثلث فمات العبد قبل النظر في

---

(1) في (ي): أو انقطعوا.
(2) في (د): الميت.
(3) في (ي): المسمى، وهو الصواب.
(4) في (ي): وببقية ثلثه لرجل.
(5) في (ي): بالشرع.
(6) ما بين القوسين سقط من (د).

الثلث، فإن كان الثلث بالعبد قدر العبد والعشرة فلا شيء لصاحب بقية الثلث، وإن كان الثلث قدر العبد فقط زال صاحب بقية الثلث وأخذ صاحب العشرة من ثلث ما بقي بعد العبد لأنّ الهالك من التركة كما لم يكن، ولو أوصى بعتق عبده ولرجل ببقية الثلث فمات العبد قبل النظر في الثلث: قال ابن القاسم: يقوم وتضم قيمته إلى باقي المال ثم ينظر ثلث ذلك فيطرح منه قيمة العبد فما بقي فللموصَى له ببقية الثلث. ولو أوصى مع ذلك بعشرة لرجل حملت قيمة العبد على بقية المال، وأزيل من الجميع قيمة العبد ثم العشرة، فما بقي فلصاحب بقية الثلث، فإن لم يكن فيه بعد العبد عشرة نظر إلى ثلث المال من غير العبد فأعطي لصاحب العشرة عشرة والباقي للورثة، وقال عبد الملك: موت العبد في الوصايا من رأس المال، وفي الدَّيْن له باقي الثلث من الثلث. قال ابن يونس: والمعتمد أنّ العبد إذا مات كأنه لم يوصَ فيه، وبقي من وصاياه لفلان كذا ولفلان كذا؛ فللموصَى له ببقية الثلث ما بقي من الثلث بعد العبد، ولو أوصى لرجل بمال ولآخر ببقية الثلث فمات الموصَى له بالتسمية قبل موت الموصى ولم يعلم. قال مالك: إنما لصاحب بقية الثلث مما يبقى بعد إخراج التسمية من الثلث ثم تقوم التسمية ميراثاً. فإن أوصى بعتق أمة وبعشرة لفلان، وخمسة لفلان، وبقية الثلث لفلان ثم صح، فأعتق الأمة ومات الموصَى لهما، ثم مات هو، لصاحب بقية الثلث الباقي بعد قيمة الأمة والخمسةَ عشر، قال مالك: ولو قال: اكتبوا باقي ثلثي: الثلث لفلان فإني أريد أن أوصي غداً، فمات قبل الوصية، لا شيء لفلان، لأنه لا يدرى لو أوصى هل يبقى له شيء أم لا؟. وقال أشهب: له الثلث كله لعدم المزاحم. قال ابن القاسم: إذا أوصى لرجل بعشرة دنانير وقال: أريد أن أوصي غداً فاشْهَدوا أنّ ما بقي لزيد، فمات قبل الوصية: لا شيء لزيد.

فرع

في **الكتاب**: إذا أوصى بسكنى داره ولا مال له غيرها: أسلمت إليه السكنى،

يقطع له بثلثها لأنها ثلث ماله، وإن أوصَى أن تؤاجر أرضه منه سنين مسماة بأجرة معلومة، وقيمة الأرض أكثر من الثلث: إما أن يجيزوا أو يعجلوا له ثلث الميت بغير ثمن، قال صاحب **التنبيهات:** معنى كراء الأرض: أنه حَابَى، ولَو لَم يُحَابِ لزم الورثة كبيعه إلاّ أن يقول: اكروها ولم يسمّ أجرة فهي وصية، قال ابن يونس: إذا لم يسمّ، والثلث له بحطيطة ثُلث الكراء فلم يقبل، فلهم موافقتُه أو يعطوه ثلث الأرض يزرعها بغير كراء، ولم لو يحملها الثلث وأبوا أن يحطوا ثلث الكراء وأن يكروها منه فعليهم ثلث الميت من جملة التركة، قاله بعض الشيوخ: لأنّ الثلث مرجع الوصايا وهو أقل أحوالها مع المشاحة.

فرع

في **الكتاب:** له مال حاضر ومال غائب، ولا تخرج الوصايا من الحاضر: خير الورثة بين إخراجها منه أو إسلام ثلثه وثلث الغائب لأنه ثلث ماله، وإن كان له مائة عين ومائة ديْن فأوصى لرجل بثلث العين ولآخر بثلث الديْن اختصا بما[1] عين لهما من غير خصاص، ولهذا بخمسين من العين، ولآخر بأربعين من الديْن، ولم يجيزوا، سلموا ثلث العين والدين لهما وتحاصا بقيمة[2] العين مع الديْن، وإن أوصى بديْن لا يحمله الثلث وله عَين حاضر: فإما أن يجيزوا أو يعْطوه ثلث الديْن والعين، وكذلك إن أوصى من العين بأكثر من ثلثها وله عقار وعُروض كثيرة، ولم يخرج عن هذا الأصل إلاّ إذا أوصى بعبد بعينه أو دابة وضاق الثلث ولم يجيزوا، فقال مرة: أعطوه[3] الثلث من كل شيء وقال: مرة يقطع الثلث من جميع التركة في ذلك الشيء بعينه، قال: ابن القاسم: وهو أحب إليّ، قال: ابن يونس: قال ابن القاسم: أوصى باثني عَشَر ديناراً لمن هي عليه وهو معسر، ولآخر باثني عَشَر ولم يترك غيرها حاضرة، ولم يجيزوا، قوّم الديْن مثلاً بأربعة وتحاصا في ثلث الحاضرة،

(1) في (د): بمن عين له.
(2) في (ي): بيقية.
(3) في (د): يعطوه.

هذا بأربعة، وهذا باثني عشر فيحصل للأول دينار، ولهذا ثلاثة، لأنها نسبة وصيتهما، ويوقف ديناره ويطرح عنه مثله من الديْن، ثم يرجع إلى ثلث الإثني عشر الدين فيضرب فيها هذا باثني عشر، وهذا بأربعة كما عمل في العين، فيطرح عنه دينار آخر فتبقى عشرة، ثم يتحاصص الورثة والموصَى له بالعين يتحاصون في الدينار[1] الموقوف فما ناب كل واحد من الإثني عشر الدين بقدر مواريثهم وبالثلاثة التي صارت له بالعين، ولا يضرب الموصَى له بالدين لأنه ضرب فيه مرة ثمّ اقتضى من العشرة الباقية فعلوا فيه ذلك، ولا يدخل صاحب الدين معهم في شيء من ذلك، ولَو كان له مائة على معدم، ومائة على مليء، ومائة عين، وأوصى لكلا الغريمين بما على صاحبه ولم يجيزوا، تحاصا في الثلث المائة الحاضرة وثلث المائتين الديْن؛ فينظروا إلى قيمة المائة التي علي المليء إن كانت مؤجلة فقيل: ستين، وقيمة المائة التي على المعدم فقيل: ثلاثين، فللمعدم: الثلث، وللمليء ثلث الثلث من عين وغيره، فيصير للمعدم على المليء إثنان وعشرون وتسعان[2]، وللمليء علي المعسر ثلث ثلاثة عشر احد عشر وتسع[3] ولا يحاصه بها، لأن عليه ديناً للورثة فيوخذ من الموسر ما كان للمعسر فيضم إلى ما للمعسر بالحصاص من المائة الناضة وذلك إثنان وعشرون وتسعان[3]، فالجميع أربعة وأربعون وأربعة اتساع فيتحاصص في ذلك الورثة والموسر بقدر ما لكل واحد عند المعسر، والذي للموسر على المعسر احدَ عشر وتسع، وللورثة تسعة وستون وثلثان ثلثا[4] المائة التي عليه فيقتسمون ذلك على سبعة اجزاء، للورثة ستة أجزاء، وللمليء جزء فيقع للورثة[5] ثمانية وثلاثة أسباع تسع، وللمليء ستة وثلاثة أسباع

(1) في (ي): الدين.
(2) في (ي): وسبعان.
(3) في (ي): ثلث ثلاثة أحد عشر وسبع.
(4) في (ي): ثلث.
(5) العبارة هنا في (ي) تختلف بعض الشيء عما هنا. ونصها: .. ثمانية وثلاثة أسباع تسعمائة. وهو ستة وستون . .

وتسع سبع يسقط عن المعدم جميع ما أوصى له به، وذلك سبعاً كل مائة وهو ستة وستون وثلثان، ويبقى عليه ثلاثة وثلاثون وثلث، فما اقتضى بعد ذلك من شيء قَسَمه الورثة على ستة أجزاء. قال ابن القاسم: لو كانت مائة للمليء حالة ضرب المعسر في الحصاص بعددها، ويؤخذ من المليء ويضمّ إلى المائة الأخرى ويكون كمن ترك مائتين عيناً ومائة على معدم وأوصى بمائة الديْن لرجل وبمائة العين على ما مضى فيعمل على ما تقدم، وهذا الموافق للمدونة. وقال محمد: إذا كانت له مائة على مليء ومائة على معدم فأوصى لكل واحد بما على صاحبه: إن حمل ذلك الثلث فلكل واحد مائته التي أوصَى له بها بعينها، وإن لم يكن غيرها واستوت وصيته من كل مائة[1] بالعدد والجزء وهو أكثر من الثلث، قطع لكل واحد منهما بثلث مائته التي أوصى له بها، ولا يشتركان في كل مائة، ولا حصاص بينهما، وإنما يشتركان أن لو كان للميت شيء آخر سوى مائتي الديْن ولا تحمل وصيته الثلث.

قال محمد: قول مالك وابن القاسم: لا يقوم الديْن الموصى له بل يحسب عدده فإن خرج من الثلث وإلاّ لم يكن بدّ من قطع الثلث من كل شيء إلاّ أن يجيزوا، وإنما استحسن إذا قوم خرج من الثلث فيقوَّم بالنقد، ويكون لكل واحد مائته بعينها. وإن لم يخرج لهم[2] اقومه، ومذهب ابن وهب والمغيرة: يقوّم الديْن على كل حال فإن خرج وإلاّ فالمحاصة على القيم، وسوَّيَا في الوصية بالديْن لهما أو لغيرهما. قال محمد: وأراه مفترقاً[3] إن أوصي به لغير من هو عليه قوّم وإن لم يكن معه وصية، لأن الديْن كالعرض، أو لمن هو عليه وهو حال ولا وصية معه، لا يقوَّم بل يحسب عدده في الثلث، لأنه كالحاضر لأنه يتعجل لنفسه، فإن كان معه وصية لغيره وهو على عديم فلا بدّ من التقويم، لأنه كالأجل، وكذلك المؤجل يقوّم، فإن خرج من الثلث وإلاّ خلع الثلث من كل شيء إذا لم يجيزوا، فإن أوصى بدَينه عشرين لمن هو عليه وناضّة ثلاثون؛

(1) في (ي): غاية.
(2) في (د): له.
(3) في (د): مفترقان ان، وهو خطأ.

اسقط عن الغريم ستة عشر وثلثان، ثلث الجميع، فإن كان لم يحلّ قُوّم لأنه كالعرض، فإن خرج من الثلث نفذت الوصية وإلاّ خُيّر الورثةُ بين إنفاذِها أو القطع[1] بثلث الميت فيأخذ ثلث الحاضر معجلاً ويسقط ثلث الديْن عنه، فإن وصّى معه لغيره بثلث ماله والثلث حالٌ على موسر اخذ منه بغير تقويمَ، أو معسر فهو كالمؤجل فلا بدّ من التقويم بالعرض أو بالطعام نقداً. ثم يقوّم ذلك بالعين فقط إن كانت قيمة ذلك خمسة عشر وقيمة الديْن الموصَى بتركه خمسة عشر فالثلث بينهما نصفان، فيترك للمديون نصف ما عليه ويشارك صاحبُ الثلث الورثة[2] في جملة مال الميت، فما بقي على المديون وغيره على خمسة أجزاء؛ فللموصَى له جزء إذا لم يحلّ الديْن، ولم يجيزوا، قَطَعوا لهما بثلث الديْن والعين، فما صار للمديون سلم اليه، فإذا حل ما عليه، اتبعه الورثة والموصَى له بثلث ما بقي لهم عليه وذلك ستةَ عَشر وثلثان فقَسَموها[3] على خمسة أجزاء: للموصَى له سهم، ولو كان له عشرة على موسر وعشرة على معسر وعشرة ناضة فأوصى بما على الموسر لرجل، وبما على الآخر لآخر، فلو لم يكن له غير العشرين لكان لكل واحد ثلث عشرتِهِ لاستواء وصيته من كل عشرة، أما إذا كان له سواهما ممّا يخرج العشرتان من الثلث ولم يجيزوا، فلا بدّ من قطع ثلث العشرات لهما يقتسمانه على قدر قيمة عشرة كل واحد منهما، ويبقى للورثة ثلثا كل عشرة. وكذلك إن كانت العشرتان مؤجلتين يقتسمان ثلث الناضة على القيَم، وكلّما حلّت عشرة أخذ الورثة ثلثها، وقسما ثلثيها على ما تقدم، فإن كانت له مائة دينار وأوصى بعشرة فقبض منها عشرة فلا يخيّر الورثة في دفعها ولا قطع ثلث الميت، لأن الميت قد علم أن جميع ماله ديْن فقد أشركه في المائة بعشرة ولم يقل من أولها ولا من آخرها، ولو وجد من الميت شيء يدل على قيمة فيه وقع التخيير، ولو قبض الميت منها خمسة عشر قبل الموت وكان عنده خمسة[4] من غيرها خيّر الورثة بين دفع الخمسة ويكون شريكاً

---

(1) في (ي): والقطع بثلث المائة.

(2) (الورثة) سقطت من (ي).

(3) في (ي): يقتسمونها.

(4) في (ي): خمسة عشر.

فيما بقي بخمسة، وبين القطع له بالثلث بتْلا.

قال اللخمي: إذا كانت التركة صنفاً: عبيداً أو غيرها فَوصًى[1] بشيء بعينه هو الثلث فأقل ليس للورثة اعطاء الثلث شائعاً، وكذلك إذا أراد أخذ[2] أحد الصنفين وهما في نجاز البيع سواء، لا يقولوا نأخذ ثلث كل صنف لعدم الضرر عليهم، وكذلك إن كانت عيناً فوصًى بالدراهم دون الدنانير أو بالعين، وهو الثلث في القيمة، أو دنانير مختلفة السكة، وله ترك فضل السكة لمكان الجَودة، وليس ذلك رباً بينه وبين الورثة، لأن الوصية باب معروف كالقرض، ولو ترك عيناً وديناً دنانير أو دراهم فأوصى بالديْن جاز إن حمل الثلث عدده، فإن كان العدد أكثر من الثلث وقيمته الثلث فأقل: فقيل: يجوز لأن الديْن كعرض، ولو وصًى[3] بعرض وله عين جاز إذا حمل الثلث قيمته، وقيل: يجعل في الثلث العدد. قال مالك: لا يوصى بالعين ويترك لهم الدين. قال: وأرى إذا كان الديْن حالاً علي مُوسر حاضر غيرَ[4] ملد وهو مؤجل لا يتعذر بيعه، وقيمتُه إن بِيع الثلثان فأكثر: أن تجوز الوصية وان كره الورثة، كما لو أوصى بالعَين وترك لهم العرض، ولو ترَك[5] دوراً وغيرها فله جعل ثلثه في أيها أحب، وإن لم يرض الورثة إلاّ أن يترك لهم ما يتأخر بيعه بالأمد[6] البيّن، وغرضهم البيع دون الإقتناء، فإن زاد على الثلث في وصيته بحيث يجوز له كما تقدم صحّ في الصنف الذي جعله فيه، ومقالهم في الزائد، فإن كان في التركة رباً نحو مائة شعيراً أو مائة قمحاً فرضي[7] بالشعير وهو الثلث صحّ وللورثة القمح، وإن أوصي بالثلث فأقل فيما يضر

---

(1) في (د): فرضي. وهو تصحيف.

(2) في (ي): اذا أراد أحد الصنفين.

(3) في (د): وان رضي.

(4) في (ي): عند مالك. وهو تصحيف غريب.

(5) في (ي): أو ترك.

(6) في (ي) : بالأمر.

(7) في (ي): فوصى.

بالورثة فيوصي بالحاضر ويترك لهم الغائب خُيِّروا بين الإجازة وبين إعطائه ثلث الحاضر وثلث الغائب، فإن ترك عيناً وعقاراً وَعبيداً فأوصى بالعين مَنَعه مالك، وجوزه أشهب. وقال عبد الملك: إن كان بيع العقار يبطيء خُيِّروا بين الإجازة ودفع ثلث الجميع، وإن وصى لهذا[1] بعبد ولهذا بدار وضاق الثلث تحاصوا فيه بالقيم، وإن كان وصى بجزء نحو السدس أو بشيء بعينه فثلاث روايات: في **الكتاب**: يتحاصان في الثلث، وروي: يبدأ بالجزء، لأن الثلث حق له وهو الحرية والإعتاق للورثة، ولأنها محتملة للزيادة بخلاف التسمية. وروي: التسمية لقوتها بالتعْيين ومنعها من النقصان بخلاف التجزئة، فلو أوصى بسدس ولآخر[2] بدار وهي ثلثه بدىء بالسدس وخيّروا بين إجازة الدار أو يعطوا له منها تمام الثلث، وإذا أوصى بثلثه لرجل وبعبده لآخر فقد رضي[3] بثلث العبد مرتين فيكون الثلث بينهما نصفين، فإن أوصى بثلث ماله، ولآخر بنصفه فأجازوا النصف دون الثلث قيل: يقتسمان الثلث على خمسة: للنصف ثلاثة ويتم له الورثة من مال الميت النصف، فإن أجازوا النصف ولم يعلموا بالموصَى له بالثلث، فلصاحب النصف ثلث[4] المال بإجازة الورثة، ثم يضرب هو والموصَى له بالثلث في[5] الثلث، النصف بثلاثة، والثلث سهمان، فيصير له خمسا الثلث. وفي **الجواهر**: أوصى بعتق عبد وله مال حاضر ومال غائب ولا يخرج من ثلث الحاضر: فرواية أشهب: يوقف لاجتماع المال. وقاله ابن القاسم، وهذا إذا كان يقبض إلى أشهر يسيرة، أي[6] عرض يباع وإلاّ عجل العتق في ثلث الحاصل، ثم إذا قبض ما بقي أتم فيه، وعن أشهب: يتعجل منه ثلث الحاضر حتى لو لم يحضر غيره عتق ثلثه تنفيذاً للوصية

---

(1) في (ي): لها.
(2) في (ي): أو لآخر.
(3) في (د): وصى.
(4) في (ي): سدس.
(5) في (ي): العبارة هكذا: ثم يضرب هو والموصَى له بالثلث النصف بمثله. والثلث سهمان.
(6) في (ي): أو عرض.

بحَسب الإمكان، وكلما حصل زيد فيه ثلثه حتى يتم أو يويس[1]، وقال سحنون: إنما يجعل ما حضر إذا أضر ذلك بالموصي والموصَى له بطول ذلك.

فرع

في **الكتاب**: أوصى بعتق عبده ولا يخرج من ثلثه الحاضر وله مال غائب يخرج منه: يوقف العبد، فإذا اجتمع المال قوم حينئذ، وليس له أن يقول: اعتقوا مني ثلث الحاضر الآن لأنَّ تنفيذ الوصية فرعُ التقويم في الثلث إلاَّ أن يضر ذلك به وبالورثة بطول الجمع[2]، قال صاحب **التنبيهات**: إذا طال نحو الشهر والسنة أنفذ الثلث. قال أشهب: يعتق[3] منه ثلث الحاضر، ثم إذا اقتضى شيء عتق بقدر ثلثه وهو تفسير قول ابن القاسم: إذا طال. قال ابن يونس: ولو كان مع ذلك وصايا: خُيِّر الورثة في إنفاذ الوصايا أو القطع بثلث الحاضر والغائب، وبديء بالعتق في الحاضر والباقي للوصايا وإن أوصى بعتق وجميعُ ماله عروض حاضرة أو دور حاضرة أو غائبة والرقيق يخرج من ثلث ذلك لو بيع، لعجل عتقهم، قال مالك: وليس للورثة تأخير العتق للبيع.

فرع

قال ابن يونس: تركت زوجها وابنها ومدبرة موصى بعتقها قيمتُها مائة، ولها على زوجها مائة وهو عديم، فالمال بينهم على ستة أسهم: سهمان للأمة، وربع الباقي للزوج، وثلثه للإبن، فإذا سقط سهم الزوج لأن عنده أكثر من حقه تبقى خمسة يقسم عليها ما حضر وهو قيمة الأمة، للإبن ثلاثة[4] وللأمة سهمان. فيعتق خمسا الأمة، وسقط عن الزوج مما عليه ما يخصه، وهو ثلث الأمة، لأن له سدس

(1) في (ي): أو يباين.
(2) في (ي): الجميع.
(3) في (ي): لا يعتق. ولعلّه تحريف.
(4) في (ي): ثلثه.

جميع التركة، فيسقط ذلك مما عليه ويبقى ما زاد على ميراثه وهو ثلثا المائة التي عليه، وكلما[1] قبض من الزوج من ثلثي المائة الباقي[2] عنده فللإبن منه ثلاثة أخماس: خمس يعتق فيه من بقية الأمة حتى يكمل عتق ثلثيها، وتكمل للإبن المائة[3]، فهي التي[4] له من التركة. ويبقى للزوج ثلث[5] المائة. وهو حقه. قال اصبغ: فإن تركت مع ذلك مائة عتق أربعة أخماس الأمة، لأن الفريضة من ستة: سهمان للأمة، وثلاثة للإبن، وسهم للزوج، يسقط[6] ويقسم ما حضر – وهو مائتان – بين الأمة والإبن على خمسة: للأمة خمسا المائتين، تعتق فيها أربعة أخماسها، وللإبن المائة الباقية وعشرون في الأمة، ويسقط عن الزوج مما عليه مقدار ارثه من المائتين، وهو ثلث المائتين، ثم ما قبض من الزوج عتق من المدبرة ما يخص خمسه، وقبض الإبن أخماسه، فإذا تمّ عتق الأمة بقي للزوج خمسون مما عليه، وهو حقه، وحصل للولَد خمسون ومائة، وهو حقه. قال محمد: فإن لم يترك غير المدبرة، وقيمتُها مائة، وعلى الزوج أربعمائة، عجل عتق خمسي[7] المدبرة. ولو كانت الأربعمائة على الإبن عجل عتق ثلث المدبرة، لأن ما حضر من التركة بين الزوج والمدبرة سهمان لها، ووسهم له، ولو ورثها ابنان وزوج وعلى الإبنين ديْن قل أو كثر عجل من عتق الأمة أربعة اتساعها لأن الفريضة من اثني عشر: للأمة الثلث، وربع الباقي للزوج، ولكل ابن ثلاثة، يسقط سهم الإبن المديان تبقى تسعة، أربعة منها للأمة، ولو كان الدين على الزوج عجل عتق خمسها، ولو تركت ابناً عليه مائة، وزوجها عتق ثلثا الأمة ويبقى ثلثها للزوج، وقد أخذ الإبن حقه، ولو كان على الزوج لأجنبي ديْن مثل ما للزوجة عليه فمصابه من الأمة وهو السدس نصفه

(1) في (ي): فكلما.

(2) في (د) الباقين. وهو الصواب.

(3) في (د): مائة.

(4) (فهي التي له) سقطت من (د).

(5) (ثلث المائة) سقطت من (د).

(6) في (ي): ويسقط.

(7) في (ي): خمس.

في ديْن الأجنبي، ونصفه بين الأمة والابن على ما تقدم، وعن ابن القاسم: إذا تركت[1] مدبرة قيمتها مائة وخمسون ولها على الزوج مثلها وتركت زوجها وأخاها، يعجل عتق نصف الأمة لأن لها ثلث نفسها. وثلث للزوج وثلث للأخ يؤخذ ثلث الزوج فيما عليه من الديْن فيكون بين الأمة والأخ نصفين، ويبقى على الزوج فاضلاً عن حقه خمسون بين الأخ والمدبرة نصفين، ولو كان الزوج بعيد الغيبة لا يعلم حاله لم يبع مما عليه شيء إلاّ أن يكون قريباً يعرف ملاؤه من عُدمه، وإذا لم يبع مما عليه شيء ولا أيسر حتى[2] حالت قيمة المدبرة بزيادة أو نقص. ثم ايسر لم تؤتنف فيها قيمة عن القيمة المتقدمة لأنه حكم نفذ، ولو ماتت الأمة قبل ذلك وقد تركت المرأة مما على الزوج الإبن كله، ولو استوفى من الزوج (وقد زادت قيمة الأمة لم ينظر إلى ذلك ولم يعتق غير ما عتق، ولو قبض من الزوج[3]) بعدما نقصت فليعتق منها تمام الثلثين زادت قيمتُها أو نقصت. ولو يئس مما عليه الزوج فباع الإبن ثلاثة أخماسها ثم ايسر الزوج نقص من ذلك البيع تمام ثلثها[4] وعتق زادت قيمتها أو نقصت ويرد الإبن على المشتري حصة ذلك، ولا يمنع الإبن أو الأخ من بيع ما بيده منها وإن لم يؤيس من الزوج بعدم أو موت. ولكن إن شاء البيع بدىء بيع ما للمدبرة على الزوج يتعجل منه عتقها، ويأخذ الإبن ثمنه ثم يطلق يده على جميع ما بقي له فيها إلا أن يويس الزوج بعدم أو موت، فالإبن يعجل بيع جميع ما بيده منها، وإن طرأ للزوج مال نقص من ذلك البيع ما يتم بع عتق ثلثيها، ولو لم يكن، وكانت وصيته بمال لرجل أو صدقة على وارث ديْن: **فالجواب**: مثل ما تقدّم في العتق، ويحاص ذو الوصية الوارث الذي لا ديْن عليه فيما حص سواء كانت الوصية دنانير بعينها أو بغير عينها عند مالك وأصحابه إلاّ اصبغ.

---

(1) في (ي): ترك.

(2) (حتى) سقطت من (د) ولا بدّ منها.

(3) ما بين القوسين سقط من (ي).

(4) في (د): ثلثها.

فرع

في **الكتاب**: إذا رد ما أوصى له به رَجَع ميراثاً، ويحاص به أرباب الوصايا لأنه إنما أوصى لهم بوصف مزاحمته. قال صاحب **النكت**: يريد: رد الوصية بعد موت الموصي، ولو رد قبل موته لكان كموته قبل موت الموصي ففيه ثلاثة أقوال. قال ابن يونس: موته قبل موت الموصي وقد ضاق الثلث خلافه يجري فيما إذا مات العبد الموصى به بعد موت السيد قبل قسمة المال؛ فيحيا العبد بالذكر ويحاص به أرباب الوصايا لأنه إنما أوصى لهم مع هذا، فقام الورثة مقامه، وعلى القول الآخر[1] يجعل نسياً منسياً.

فرع

قال ابن يونس: قال ابن عبدوس: لو أوصى بعبد لا يحمله الثلث وقال الرجل: أنا أعطي بقية[2] ثمنه ويكون لي، وقال الورثة: نعطيك قيمة حقك، ليس ذلك للجميع لأنهم شركاء بل يتقاوَمُونَه أو يبيعونه.

فرع

قال اللخمي: إذا ترك إمرأة حاملاً لا ولد لها، اختلف هل تعطى الآن الثمُن، فإن اسقطته أو ولدته ميتاً أتم الربع[3]، فإن فيه تعجيل حق متيقَن، أو لا تعطى شيئاً حتى تضع، لأن القسمة فرع تيقّن الشركة، وكذلك إذا كانت حاملاً ولها ولد، قيل: لا تُعطى هي ولا أولادها حتى تضع، وقيل: تعطى الثمُن، والولد نصف الباقي، لإمكان كون الحمل ذكراً، وقيل: ثلثه لإمكان أن يكون غلامين، وقيل: الرُبع لإمكان أنْ يكون ثلاثة، وقيل: الخمس لإمكان أن يكونوا: خمسة، والنصف أحسن لأنه الغالب.

---

(1) (الآخر) سقط من (د).

(2) (بقية) سقطت من (د).

(3) في (ي): الدفع. وهو تصحيف.

فرع

في **الكتاب**: أوصى بدنانير من غلة داره، أو خمسة أوسق من ثمره، والثلث يحمل الدار والحائط، فأخذ ذلك عاماً ثم بار ذلك أعواماً: له أخذ نصيبه كل عام ما بقي من غَلة العام الأول شيء، فإن لم يبق منه شيء أخذ ذلك للأعوامِ التي لم يأخذ فيها، لأنه حق يتأخر له، ولو أكريت الدار أول سنة بعشرة دنانير فضاعت إلا دينار فهو له، لأن الوصية مقدمة على الميراث وكذلك الغلة، ولو قال: من غَلة كل سنة خمسة أو سُقٍ أو من كراء الدار كل سنة عشرة لم يأخذ من سنة عن سنة أخرى لم تُغل، لأن (من) للتبعيض، فقد نص على بعض كل سنة ها هنا بخلاف الأولَى. ولو أكريت بأقلّ من عشرة أو غلت[1] أقل من خمسة أوسُق لا يرجع بتمام ذلك في عام آخر. قال صاحب **النكت**: إذا مات الموصَى له في نصف السنة له نصف الوصية وكذلك الثلث وغيره على قدر موته، وإذا أراد تعجيل[2] عشرته وشاحَّه الورثة فينبغي أن يكون بحساب ما مضى من السنة ككراء الدور والدواب، وإذا لم يحمل الثلث ولم يجيزوا دفعوا له ثلث الميت شائعاً، لأنه حق الميت، ولو جعل ذلك له ولعقبه مؤبداً فهو كالوصية بالحائط للمساكين يقطع في الثلث، وإن قال: ادفعوا لي بقية الثمرة في العام الأول لئلا يهلك النخل في العام الثاني نظر السلطان فإن كانت مأمونة لا تخاف أو غير مأمونة حبس قدر ما يخاف عليه من ذلك، ويمتنع بيع[3] السلطان لا يشترط على المشتري حق الموصى له وهو غرر، فإن أوصى له بقدر معلوم لم يعينه في جهة جاز البيع إذا كان الورثة أملياء ثقاة وحملوا ذلك. قال ابن يونس: لو أكروها بالنقد فضاع إلاّ نصيبه أعطوه له، ولو بقي عجلوا له نصيبه، ولو انهدمت بعد ستة أشهر أخذه مما مضى، ولو قال: من

---

(1) في (ي): أو على.

(2) في (ي): التعجيل عشرة. وهو خطأ.

(3) في (ي) جاءت العبارة هكذا: ويمتنع بيع الحائط لأنه يشترط على المشتري حق الموصي، وهو غرر. . . ولعلّ الصواب: ويمتنع بيع السلطان الحائط لأنه يشترط على المشتري الخ.

كل سنة[1] دينار أو وسق فأكروها نصف سنة فله نصف دينار، لأنه أوصى بدينار من السنة كلها[2] (وإن جاء الحائط بأقل لم يرجع به في عام آخر) ولو أوصى بثلثه[3] ولآخر بدرهم كل شهر من غلة عبده ولم يدع[4] غيره: قال محمد: يحاص الثلث بثلث قيمته والآخر بتعميره لكل شهر درهم، فما اصابه وقف له بيد عدل ينفق عليه، فإن مات قبل ذلك عاد لصاحب الثلث، وإن فني وهو حي رجع على صاحب الثلث بما يرى أنه بقي له من عمره لو حُوصص له بذلك، وفي رجوعه خلاف، ولو أوصى بخدمة عبده ولآخر بدرهم من غَلة ذلك العبد كل شهر، والعبد الثلث، بديء بصاحب الدرهم كَمَن أوصى بثلثه لرجل، ولآخرَ بمائة من ثلثه، فإن شاء المخدم أعطى الدرهم كل شهر وحاز الخدمة، وإلا استؤجر العبد وبديء بالدرهم من أجرته، وكذلك لو أوصى بثمرة حائطه ولآخر بعشرة آصُع من ثمرته كل سنة قُدمت الآصُع، وما فضل[5] للآخر، فلو فضل أقل من عشرة أخذ التمام من العام المقبل. وعن ابن القاسم في الموصَى له من غَلة حائطه أو من عَبده[6] بدينار كل شهر حياتَه، والثلث يحمل ذلك: إن ضمن له الورثة ذلك وإلا وُقف العبد والحائط، وإن لم يحمل الثلث وقعت[7] المحاصة بالتعمير في العبد على أقل العمرين للعبد أو الموصَى له. قال ابن القاسم: ولو أوصى بوصايا ولرجل بنفقته حياتَه من بقية الثلث ولم ينظر في ذلك حتى مات الموصَى له بالنفقة، فإن فضل من الثلث شيء أعطى منه ورثته قدر ما عاش بعد موت[8] الموصي لإستحقاقه بالموت، وكذلك لو لم يمت إنما تحسب له من يوم موت الموصي. قال ابن القاسم: لم يقل:

---

(1) في (ي): من كل ستة دينار أو وسق.

(2) ما بين القوسين سقط من (د).

(3) في (ي): بثلاثة.

(4) (غيره) سقطت من (د).

(5) (وما فضل للآخر) سقطت من (ي).

(6) في (د): أو غيره.

(7) في (د): ووقعت. . . ففي.

(8) (موت) سقطت من (د) ولا بدّ منها.

ينفق عليه من بقية الثلث بل ينفق عليه حياتَه: حاصص ورثته أهل الوصايا في جميع الثلث بنفقة ما عاش بعد موت الموصي، فإن أوصى بعشرين ديناراً ولآخر بعشرة ولآخر بدينار كل شهر حياتَه فكان تعميره يقتضي ثلاثين، والثلث أربعون: قال ابن نافع: يأخذ كل واحد ثلثي وصيته وينفق على صاحب النفقة ثلثا دينار كل شهر، فإن مات قبل الأجل رجع الفاضل لأرباب الوصايا، ولو أوصى بنفقة رجل عشر سنين فمات، فالفاضل لورثة الموصي، كما لو أوصى له حياتَه، ولو أوصى لِجماعة بنفقتهم (حياتهم، وجعل نفقتهم بيد عدل فإن مات بعضهم قبل أجل التعمير رجع الباقي لنفقتهم[1]) فإن ماتوا كلهم رجع الباقي لأهل الوصايا، فإن استوفيت الوصايا فللورثة، وإن نَابَهم[2] نصفُ وصاياهم لم تنقص نفقتهم كل شهر. قال مالك: وكذلك لو أوصى بكل دينار كل شهر فوقع له نصف دينار، لأن الميت قصد التوسعة عليه خلافاً لابن نافع. قال مالك: لو أوصى لِخمس أمهات أولاده بعطية كل سنة، عشر لكل واحدة بعدد مسمى فمن ماتت رجع نصيبها للورثة دون صواحبها[3]، لأن التسمية لا يزاد عليها، قال محمد: ولو لم يسم رجع لصواحبها كأنهم رجل واحد. قال ابن القاسم: لو وصى بمائة دينار تنفق على رجل منها كل سنة كذا وعليه دیْن فقال غرماؤه: عمروه لنأخذ الفضل، لم يُجابوا، لأن الفضل لورثة الموصي (ولو أوصى له بدينار كل شهر ينفق عليه فلهم أخذ الفضل عن نفقته، لأنه ماله، وقال عبد الملك في الموصي)[4] بالنفقة والخدمة والسكنى ففلس: إن كان الفضل بيّناً نحو خمسة دنانير في الشهر فهي وصية بالنفقة وبغيرها فَلَهُم الفضل، فإن سمي ما بين ضيق النفقة وسعتها فلا، قال التونسي: لو أوصى بغَلة ثلث حائطه لأوقفتُ الحائط إذ لا تختص الغلة بثلث معين، وللورثة قسمة الحائط وإيقاف ثلثه كما لو أوصى له بثلثه، وقيل: يوقف

---

(1) ما بين القوسين سقط كله من (ي).

(2) في (ي): وأربابهم. وهو تصحيف.

(3) في (ي): صاحبها. وهو خطأ.

(4) ما بين القوسين سقط من (ي).

جميع الحائط، وللموصَى له بالخدمة حياتَه[1] بيعها من الورثة لتخلص الرقبة لهم، وتجوز إجارَتهم[2] له السنين، والأمد المأمون دون العشر سنين، وإن جازت إجارة العبد عشر سنين، لأن الإجارة تبطل ها هنا بموت العبد وبموت المخدم، بخلاف اجارة الرقيق تبطل بموته فقط فالغرر أكثر، ولو أجَّرت عبدك[3] بشرط: إن مت بطلت الإجارة وفسدت، ومقتضى ذلك الفساد ها هنا في القليل لكنه استخف في المأمون من المدة، أما إذا أوصى بخدمة عشر سنين لأن الإجارة لا تنتقض بموت غير العبد، وإذا أوصى بثمرة حائطه جازت مصالحة الورثة على ذلك، وتترك الوصية، وإن كان بيع مجهول، لأن الحياة مجهولة، لأنه تخليص للرقاب، فكأنهم اشتروا الرقاب لما كانوا ممنوعين منها، فلو أوصى بثمرة سنة واحدة ولم يؤبر امتنع شراء الثمرة لتمكنهم من بيع الأصل، لأن ابن القاسم يجوز في المساقاة بيعَ الحوائط بالمساقاة قبل التأبير، وتبقى الثمرة ملكاً لصاحبها، وأما قول غيره: إنه يمتنع البيع إلا بعد إبار الثمرة سنة فيجوز لهم الشراء ها هنا لتعذر التصرف، وإن ابرت وهي سنة واحدة فيمتنع على مذهب ابن القاسم القائِل: إن شراء أصل فيه ثمرة بطعام، لا تجوز إلا على الجذاذ. قال اللخمي: إذا أوصى بدينار من داره كل سنة وأكراها الميت سنة بالنقد ليس للموصَى له من ذلك شيء لتعلق الوصية بما يكري بعد، وإن أكراها بغير النقد دخلت الوصية فيما يقبض من ذلك لتأخره بعد الوصية، فإن أكراها الورثة كل شهر بدينار فله من كل دينار نصف سدسه، ويسلم الباقي للورثة إن كانوا مأمونين، وإلا أخرج الدينار لأن وقف بقيته ضرر على جميعهم، وإن اختلفوا هل يكرى بالنقد أو مؤجلاً؟ حملا على العادة في تلك الدار، فإن عدمت العادة أكريت مشاهرة، لأن كراء جميع السنة يحبس، فإن أكريت سنة فانهدمت بعد نصفها فله الديناران، قال: يعطى من الغَلة كل سنة ديناراً أو نصفه إن قال: من غَلة كل سنة دينار على مراعاة الألفاظ إلا أن

---

(1) (حياته) سقطت من (د).

(2) في (د): إجازتهم.

(3) في (ي): عَبيدك.

يُفهم عنه خلاف ذلك، فإن مات الموصَى له بعد شهر فله نصف سدس دينار، أو مات وفي الحائط ثمر مُزْهٍ فليس للموصَى له منه شيء، بل المزهي للورثة كالبيع. قال ابن القاسم: إن أوصى بدينار من غَلة داره أو حائطه لرجل حياتَه: إن ضمن الورثة له ذلك وإلا وقف الحائط، أو بآصُع ليس لهم ضمان ذلك إلا أن يرضى، لأن الوصية بالثمار كالسلعة المعينة ليس لهم بدلها بغيرها بخلاف الدينار لا تختلف فيه الأغراض، ولو علم أن قصد الموصي الحفظُ عليه من التلف إن أخذه جملة لم يجز رضاه، وعليهم غُرم الوصية كلَّ سنة. قال محمد: إن انهدمت في حياة الموصي وهي تخرج من الثلث، فما بين القيمتين ميراث، والوصية على حالها في القاعة، وإن هدمها أحد بعد الموت غَرم ذلك وبنيت له والوصية على حالها، وكذلك لو قطع نخل الحائط، لأن الأصل: بقاء حقه.

فرع

في **الكتاب:** إذا أعمرك أو أخدمك أو أسكنك او أعطاك ثمرة حائطه جاز شراؤه منك كله هو أو ورثته، ويصالحوك[1] على مال ولو لم يتم النخل، لأنه تخليص للرقاب، ولأن أصله معروف، وإن أوصى لك حياتَه جاز للورثة بنقدٍ أو دَيْن كشراء العَرية بخَرصها، ولو صالحوك على مال ثم مات العبد وانت حي لا يرجعون عليك لدخولك لهم على الغَرر، ويمتنع بيع هذه الخدمة من[2] أجنبي لأنه غرر سوغ[3] لضرورة تخليص الرقبة للتصرف فيها، وهو منفي في حق الأجنبي، ولك[4] إعارة ما اوصَى بِهِ لك من السكنى وإخدام العبد إلا أن يعلم أنه اراد الحضانة والكفالة، لأنه حينئذ مَلَّكَكَ أن تنتفع لا المنفعةَ كتمليك الشرِع المكلفَ أن ينتفع بالمسجد والمدرسة وقارعة الطريق، وليس لك[5]

---

(1) كذا والوجه: ويصالحونك.

(2) في (ي): على.

(3) في (ي): شرع.

(4) في (د): وكذلك وفي (ي): إعادة.

(5) في (ي): له. . . ولو مات. . . ولو جعله.

المعاوضة على شيء من ذلك، ولو مت قبل الأجل عتق العبد إن جعل حراً بعد الأجل إلا أن يكون من عبيد الخدمة او ممن اريد به الخدمة، فإنه يخدم الورثة بقية الأجل، لأنه بقية حقه يورث عنك[1]، وإن قال الموصي: أخدُم ابني فإذا تزوج فأنتَ حرٌ، فبلغ النكاح موسراً عتق، لأنه اراد بلوغ أمده والإعانةَ مدة الضعف. قال صاحب **النكت**: قال جماعة من الشيوخ: لو بلغ الإبن[2] معسراً لم يعتق حتى يكون له مال يتزوج في مثله، لأن المقصود رفع كلفة الخدمة. قال ابن يونس: إذا أوصى بغَلة[3] داره أو جِنانه للمساكين ولم يحمل الثلث الدار أو الجِنان: قال أشهب: يخرج منها محمل الثلث ولا يخيَّر الورثة فيهَا لأنه لا يرجى مرجعه للورثة، ولو كان على أقوام بأعيانهم ولم يحمله الثلث ولم يجيزوا: قطع لهم بثلث التركة بتلاً، لأن المرجع للورثة إذا هلكوا، ولو أوصى للمساكين بعدة أوسُقٍ من بستانه، أو عدة دنانير من داره كلَّ عام: فهذا يخيَّر فيه الورثة بين الأجازة[4] أو القطع بالثلث بتلاً. قال اللخمي: أشهر قولي مالك: أن للموصَى له شراء الرقبة ليتصرف فيها بالبيع. وعنه: المنع. قال سحنون: لا يجوز من ذلك إلاّ للضرورة (من فلس ونحوه، لأنه شراء عين لم يبق فيها منفعة. قال: وكذلك أرى في شراء الورثة الخدمةَ لا يجوز إلا للضرورة)[5] ويجوز على قول مالك شراء بعض الورثة نصيبَه من الخدمة دون نصيب شريكه إلا أن يشتري جميع الخدمة للسنة والسنتين، كما يجوز للأجنبي، فإن هلك العبد قبل الأجل رجع بقية الإجارة فلو كانت الوصية بالخدمة عشر سنين جاز أن يشترطوا تلك المدة. وإن هلك (العبد قبلها رجعوا عليه بالبقية إلا أن يكون قصدهم بالشراء التحلل في الرقاب، لأن الثمن لهذا العرض، وإذا

---

(1) في (د): عنه.

(2) في (ي): الولد معسراً.

(3) في (ي): بخدمة. وهو تحريف.

(4) في (ي): الإجارة. وهو تصحيف.

(5) ما بين القوسين سقط كلّه من (ي).

كانت خدمة العبد موفية)[1] جاز بيعها ما لم يبعد الأجل، وأجاز ابن القاسم إذا كان الأَجلُ عشر سنين أن يكريه بالنقد فيها، لأنه إذا مات المخدَم قبل العشر خدم الورثة بقية الأجل، ومنعه ابن نافع، لأن العبد عنده بعد الموت يرجع لسيده، وإن أخدمه حياة المخدم أجره الأمد القريب، لأن الغَرَر من حياة العبد وحياة المخدم، وإن كانت الخدمة بحياة[2] العبد جاز على أصل ابن القاسم إجازة[3] عشر سنين لأن الغرر من وجه واحد موت العبد، كما لو أجر عبد نفسه. وقال في الدار الموصَى له بسكناها: لا يكريها إلا الأمد القريب نحو السنتين، وكره ابن ميسر لأربع[4]. قال: ولو كرهت[5] هذه لكرهت إجارَة عبده سنتين لأن الغرر في الدار من جهة واحدة، لأنها مأمونة، ويجوز النقد للأمان، ويجوز في الدار والعبد العشر[6] سنين بغير نقد على القولين، وأجاز ابن القاسم للموصَى له أن يؤاجر العبد وهو من عبيد الحضانة إن لم يحتج للحضانة، فإن احتاج منعه، وجوزه أشهب في مثل تلك الحضانة، لأنه تمليك للمنفعة. قال: والأول أحسن، لأن الموصي بمثل تلك يكره إجارة عبده. قال: وكذلك (أرى الذي يوصي بخدمة عبده فلاناً أو يخدمه إياه من غير وصية اجلاً معلوماً وكذلك[7]) اذنه في ركوبه وسكنى داره وقاله ابن نافع. وإذا مات[8] العبد في اثناء المدة لا يبقى للورثة شيء لأنه ملَّكه أن ينتفع دون المنفعة، وكذلك الرجل يُسكن دارَه صِهره سنةً فيطلق ابنتَه في بعضها أو يموت، وإذا ضرب أجلاً للثمرة فانقضَى وقتُها مُدة لم تؤبر فلورثته، أوْ أزهت فللموصَى له لأنها كملت

(1) ما بين القوسين كلّه سقط من (ي).
(2) في (ي): حياة.
(3) كذا في النسختين، ولعلّها اجارة.
(4) (لأربع) سقطت من (د).
(5) في (ي): ولو كانت هذه الكراهة اجارة عبه سنين... وهو مصحف.
(6) في (ي): عشر.
(7) ما بين القوسين سقط من (ي).
(8) في (د): واذا أصاب. وهو تحريف.

في أجله، واختلف إذا أُبرت هل للورثة أم للموصَى له؟ لأنها حالة متوسطة بين البداية والنهاية. قال: وأن لا شيء لهم أحسن[1]، إلا أن تزهى، فإن كانت الوصية بما تلده أمتُه فانقضى الأجل وهي حامل: فلورثته[2]، لأنه أوصى بما تلده في تلك السنة، وهذا ولد في غيرها. قال محمد: إن أوصى بثمرة حائطه الآن لرجل، والمستقبلة لآخر والحائط لا يخرج من الثلث إن ابرت قومت ثم قومت[3] المستقبلة إلى حياة الموصَى له، فإن استوت القيمتان فلصاحب المأبورة شطر ثلث الميت في عين[4] الثمرة، وللآخر الشطر شائعاً في جملة التركة، فإن لم تؤبر فلهما ثلث مال الميت على قدر وصاياهما.

فرع

في **الكتاب**: اوصى برقبة بستانه أو أمته فأثمر البستان أو ولدت الأمة قبل موت الموصي والثلث يحمل البستان والثمرة والأمَة وولدها، والثمرة والولد للورثة لأن الوصية إنما[5] تستحق بعد موت الموصي، وكذلك إذا ابرت النخل أو القحَت الشجر قبل الموت، وما اثمرت بعد الموت قبل النظر في الثلث فللموصَى له لتقدم سبب الإستحقاق. ولا تقوم الثمرة مع الأصل بعد الموت بخلاف الولادة وشبهها، والثمرة كالغلة والخراج، والولادة كالأجزاء، ولا يقوم ما افاد المؤبر والموصى بعتقه والموصى به لرجل بعد الموت قبل النظر في الثلث لحدوثها بعد سبب الإستحقاق، بخلاف أموالهم التي مات السيد عنها بأيديهم، أونَمَا من ربحها بعد موته وليس لهم التجر فيه بعد موته، فإن فعلوا فالربح كرأس المال، ولا يقوم مع المبتل في المرض ما أفاد بعد عتقه قبل موت السيد أو بعد موته بل هي

---

(1) (أحسن) سقطت من (ي).

(2) في (ي): فللورثة.

(3) (ثم قومت) سقطت من (ي).

(4) (في عين) سقطت من (ي).

(5) في (د): لأن الوصية لهما مستحق بعد الوصي. وهو محرف.

فوائد لهم، والموصَى له بالعبد ان حمل الثلث رقابهم، وإن حمل بعضها وقف المال بأيديهم. قال صاحب النكت: إذا اكتسب الموصَى بعتقه مالاً قبل الموت ومالاً بعده لسيده، قُوم ما هو قبل على القولين، ولا يقوَّم ما بعدُ على القول الواحد إذا حمله الثلث، لأنه ظهرت حريته من حين الموت، ومالُ الحر له، فإن لم يحمله الثلث قوّم لأنه موقوف بيده وقد وجب الشركة فيه. قال التونسي: العبد الموصَى به لرجل لا يتبعه العبد في الصحة والبيع، وقيل: يتبعه كالعتق، وما أغلت النخل بعد موت الموصي، أو اكتسبه العبد الموصَى بعتقه بعد الموت، أو الموصَى به لرجل، والمدبر أو المبتل قبل الموت ان وهب ففي ذلك خلاف: قيل: تقوم الأصول بغير غلات. لحدوثها بعد الموت. فإن خرجت تبعتها الغَلات، وقيل بغلتها وهو أشبه قياساً على نماء العبد بعد الموت، وولد الأمة لم يختلف فيهما كأعضائهما، وإذا قوّمت الأصول وحدها فخرجت من الثلث وتبعتها الغلات وقد انفق عليها من مال السيد إلى أن نَمت، أنظر هل يرجع على الموصَى له لعدم نفع الميت لأنها خرجت من الثلث؟ فإن لم تخرج من الثلث نصفه هل يرجع عليه بنصف النفقة؟ ولو مات الموصَى به لرجل وترك مالاً قُوِّم مالُه على القول بأنه يتبعه، فإن خرج من الثلث أخذه الموصَى له، وفي كتاب محمد: إنما اكتسبه لورثته إذا مات، ولم تكن أموال مأمونة، ولو جُني على عبده فأخذ أرشا فهو لورثة سيده، أو قُتل فقيمته لورثته، كما لو أوصى بعتقه لعدم تمام الحرية فيه. قال اللخمي: النفقة على الغلات من مال الميت، وعلى عدم تقويمها فنفقتها على الموصَى له، وولد العبد والأمة يدخل في الوصية قولاً واحداً إن حدث الحمل بعد الموت اتفاقاً، فإن حدث الحمل في الحياة والولادة بعد الوفاة: فولد الأمة للموصَى له، وولد العبد من أمته للورثة أوصي بعتقهما أو لفلان، والجناية في حياة السيد للورثة يكثر بها مال الميت، وكذلك إذا كانت بعد موته وقد وصى بعتقه لأنه جني عليه وهو عبد، فإن قال: إن مت فهو حرّ عتق بنفس، والجناية عليه جناية حرّ له ولورثته. وقال محمد: الموصَى به لرجل حياته لورثة السيد كالموصَى بعتقه، وعلى قول ابن القاسم للموصَى له، لأن الميت أخرجه عن الورثة.

فرع

في **الكتاب**: استحداث الدين في المرض يرد ما بتل من العتق في المرض ويضرّ ذلك بالعبد كما يضرّ به ما تلف، (وقد قال غير هذا[1]).

فرع

قال ابن وهب: إذا أوصى بما تلده بقرته هذه أبداً: إن كانت حاملاً يوم الوصية فهو له، وإلا فلا شيء له، ولو حدث حمل، ولربها بيعُها لأن الوصية يرجع فيها. وقال أشهب: بل له ما تلده أبداً وهو أصوب، لأنه ظاهر اللفظ. قال محمد: وهذا إذا لم تكن يوم الوصية حاملاً وإلا فليس له إلاّ حملها[2]، وإذا أوصى بصوف غنمه ولبنها لرجل وبها لآخر: فالنفقة على صاحب الغَلة، وله ما كان تاماً من الصوف يومَ مات، وما في ضروعها من اللبن، وما في بطونها من ولد وما تلد حياته، يريد: إذا لم تكن حوامل يوم الوصية، وإنما حملت يوم الموت. ولو كانت حوامل يوم الوصية لم يكن له غيره إلاّ أن يوصي بما تلده حياته أو يعلم أنه أراد ذلك، قال عبد الملك: إذا أوصى بما في بطن أمته أو غنمه أو ثمرة نخله وبوصايا، فولدت قبل النظر حوصص بالولد على حُسنه وقبحه وقيمته وإلاّ حُوصص بقيمة الأمهات، فإن تبين عدمُ الحمل رد[3] ما وقف على أهل التلف، فإن ماتت الأمهات وخفي أمرها وكان الحمل بيناً مضى الحصاص على عشر قيمة الأمهات، وقيل: تباع الأمهات ولا تنتظر، ولا تكون أقوى حالاً ممن يعتق ما في بطنها ثم يموت، فإنها تباع في دَينه، وإذا أثمرت[4] النخل فينظر كم يسوى المؤجل تبعهما[5] يحاصص بذلك وكذلك يحاصص[6] في

---

(1) ما بين القوسين سقط من (ي).

(2) كذا في (د). وفي (ي): فليس له حملها.

(3) في (ي): . . الحمل ووقف على أهل الثلث.

(4) في (ي): واذ أعدت. . . كم سر.

(5) في (د): بيعها.

(6) (وكذلك يحاصص) سقطت من (د).

العبد الآبق يَرضى[1] بقيمته على غرره. قال ابن القاسم: يوقف الزرع الموصَى به حتى يحلّ بيعه فيحاصُّ به. وقال أشهب: إن أوصى بحمل أمته: إن حمل الأم الثلث حاملاً وقفت حتى تضع فتقوم الوصية على وجهها، ولا ضرورة في الغرر. قال ابن القاسم: إن قال: ثمرة حائطي ولم يُبيِّن أي ثمرة ولا المدة: إن كان فيها يوم الوصية ثمرة لم يكن له غيرها، لأنها الموجودة التي تسمّى ثمرة، وإلاّ فَلَهُ ثمرته حياته، وإن أوصى بثمرة حائطه ولم يدع غيره وَلم تؤبر، لم يلزمهم إيقاف الحائط حتى يؤبر، بل إما أجازوا أو قطعوا له الثلث من التركة، ولو أوصى بغَلة ثلث حائطه لزم الورثة كما لو أوصى بثُلث حائطه ملكاً، لأن ثلث غَلته إيقاف لجملته لا يصح فيه القسم، والآخر يصحّ فيه القسم. قال سحنون: لو أوصى بغَلة حَمّامه للمساكين: ليس للورثة قسمته وإن خرج الحمام من الثلث، بل يبقى الثلث موقوفاً حتى تحصل[2] غلة جميعه فيعطى ثلثها كما أوصى. فإن لم يحمله الثلث خير الورثة بين إيقافه كله وإعطاء ثلث الميت للمساكين، وإنما قال ذلك في الحمّام لأنه لا ينقسم، ولو كان داراً تحمل القَسم لفرق بين قوله: غَلة ثلث داري، وثلث غلة داري، كما تقدم لأشهب في الحائط.

فرع

في **الكتاب**: إذا أوصى لبني فلان، قسم بينهم بالسوية لا بحسب الحاجة بخلاف الحبس فإنه يجري مجرى الصدقة.

فرع

في **الكتاب**: إذا مات الموصَى له بعد موت الموصي فهي لورثة الموصَى له عَلِم بها أم لا، لموته بعد تقرر حقّه، وإن مات قبله بَطلت الوصية عِلم الموصي بموته أم

---

(1) في (د): فرضي.

(2) في (ي): متى يجعل جميعه. وهو محرف.

لا، لأن الوصية إنما تعتبر عند الموت، فإذا ظهر انها لا محل لها حينئذ بَطَلَت، ويحاص بها ورثةُ الموصي أهل الوصايا في ضيق الثلث، لأن مَوروثَهم إنما أوصى لأهل الوصايا بصفة كونهم يضايقوا[1] بوصية الميت، وعنه: إذا علم بموته بطلت الوصية وعليه الرواة، لأنه إذا علم فقد أقرّ وصيته لمن بقي من أهل الوصايا، وإلى الأول رَجَع مالك، وبه أخذ ابن القاسم، قال ابن يونس: قال مالك: إذا ردّ أحدُ أرباب الوصايا وصيتَه بعد موت الموصي، حاصص بها الورثة كالميت فيقسمها الورثة مع ميراثهم، فلو ردّ قبل موت الموصي فهي كموته قبل موت الموصي، ويجري فيها اختلاف قول[2] مالك. قال اللخمي في محاصة الورثة: إذا مات قبل موت الموصي والوصايا أكثر من الثلث: أقوالٌ لمالك، ثالثها: إن علم لم يحاصصوا، وإلاّ حاصصوا فالمحاصة. وإن علم – مبنية على أحد أقواله: أن الميت إذا زاد على ثلثه فقد قصد دخول أرباب الوصايا (بعضهم على بعض وعدم المحاصة، وإن لم يعلم إما على أحد القولين في دخول الوصايا[3]) فيما لم يعلم به، أو لأنه يتوقع رده والتفرقة بناء[4] على أن علمَه إقرار لأصحابه. أما إن أوصى له بالثلث فلم يقبل أحدُهم أو مات حاص[5] الورثةَ بنصيبه قولاً واحداً، لأن الموصي إنما أعطى بصفة[6] المحاصة فلا يؤخذ أكثر منها.

فرع

قال ابن يونس: قال يحيى: إذا ترك زرعاً أخضر وثمرة لم تطب ورقيقاً وأوصى بما يَضيقُ عنه الثلث: فإن كان بمال بيعَ رقيقُه ونفذت الوصية وانتظر حالة جواز بيع الزرع. بيع ودفع لهم ثلث الثمن. فإن أوصَى بعتق أو ببعض الرقيق فلا يباع

(1) كذا ولعلّها: تضايقوا.

(2) (قول) سقطت من (د).

(3) ما بين القوسين سقط من (ي).

(4) (بناء) سقطت من (د).

(5) في (ي): حاصص.

(6) في (ي): نصفه. وهو تصحيف.

فيه، بل إذا حلّ بيعُ الزرع بيع الزرعُ ولا يقسم شيء حتى يباع الزرع إلا أن يجيز الورثة فيقتسمون بقيةَ المال ويبقى الزرع لهم. وقال أصبغ: إن كان الزرع في أول بذره وفي ذلك عطب الحيوان والضرر على العبد عتق محمل الثلث.

فرع

في **الجواهر**: كل تبرّع في المرض المخوف فهو محسوب في الثلث، وإن كان منجزاً[1]، وقاله الأئمة لحديث[2] **المعتِق ستةَ أعبد فأَقرع – عليه السلام – بينهم فأعتق ثلثهم ورق ثلثاهم**. وكذلك إن وهب في الصحة وقبض في المرض، لأن القبض معتبر في الهبة ويحجر عليه إلاّ في الثلث، وإن لم يكن المرض مخوفاً لم يحجر عليه، والمخوف: كل ما لا يؤمن فيه الموت، كالحمَّى الحادة، والسل، والقولنج، وذات الجَنب، والإسهال المتواتر مع الدم، وما يقول الأطباء: إنه سبب الهلاك غالباً، وما دون الجَرَب، وَوَجَع الضرس وحُمَّى يَوم، والرَّمَد، والبَرَص، والجنون، وحمَّى الربع، وكل ما أشكل، أخذ فيه بقول أهل المعرفة بالطب كما في العيوب، وأما المفلوج والمجذوم إن لزما الفراش، فكالمرض، وإلاّ فلا، ويلحق بالـمَخُوف: الحاملُ في ستة أشهر، والمحبوس للقتل في قصاص أو حدّ، والحاضر في صف القتال متعرضاً للقتل، لأن هؤلاء يغلب في حقهم الموت كالمرض الـمَخُوف، وأُلْحق ابن وهب وأشهب: الـمُـلَـجِّج[3] في البحر وقت الهول، وخالفهما ابن القاسم، ولا يحجر عليه في القُوت والكسوة والتداوي وما يحتاج إليه من الأشربة وأجرة الطبيب ونحو ذلك، وكذلك المعاوضة كالتجارة بغير محاباة، والإجارة والرهن والأخذ بالشفعة فلا يحجر[4] عليه، لأنه لا ضرر على الورثة فيه، وما عدا ذلك من التبرعات موقوف، إن مات فَمن الثلث، أو عاش نفذت، وإن أجر بأقلّ من الأجرة

---

(1) في (د): متجراً.

(2) رواه مسلم رقم: 1668 عن عمران بن حصين. وقد تقدم.

(3) في (ي): الملجلج. وهو تصحيف. والمراد بالملجج: الموغل في البحر.

(4) في (ي): فلا حجر فيه.

فالمحاباة[1] في الثلث، وفي المنتقى: قال عبد الوهّاب: يحجر على المريض فيما زاد على حاجته في الدواء والكسوة والإدام وما خرج عن العادة. قال: ومحاباة المريض موقوفة، فلو باع ذهباً بورق وحَابَى فيه صحَّ، لأنه لم يقصد الإتلاف بل هو ينجز حتى يرد الورثة، كالرد بالعيب، ووافقنا أحمد في الحامل، وخَالَفَنا (ش) و(ح) حتى تبلغ المخاض لأنها صحيحة، وجوابهما: أنها في العادة يندفع حلها وهي أيضاً تتغير صحتها وتتعلل، ويشير إليه قوله[2] تعالى: ﴿حَمَلَتْ حَمْلاً خَفِيفاً فَمَرَّتْ بِهِ، فَلَمَّا أَثْقَلَتْ دَعَوا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِن آتَيْتَنَا صَالِحاً لَنَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ﴾. فدل على أن زمن الثقل هو الزمن المرجَّى للوضع ومِظنته، ولذلك دَعَوا، ومعلوم أنها في الستة مثقلة، وخالف الشافعي في الزاحف في الصف حتى يتصدّى للجراح ليشرع في المطاعنة، لنا: قوله[3] تعالى: ﴿وَلَقَدْ كُنْتُمْ تَمَنَّوْنَ الْمَوْتَ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَلْقَوْهُ فَقَدْ رَأَيْتُمُوهُ وَأَنْتُمْ تَنْظُرُونَ﴾ وإنما رأوا القتال وهو الذي كانوا يتمنونه فَجَعَلَه مَوتاً لوجود مظنته.

فرع

قال: الوصية بالعتق لا تفتقر إلى قَبول العبد، لأن العتق حق لله تعالى. وكذلك لو أوصى برقبته، ووقع في الكتاب: إذا أوصى ببيع أمته ممّن يعتقها، لها الإمتناع إن كانت من جواري الوطء حيث يكون العتق هَدَراً، قاله ابن القاسم، كمن أوصى بضرر[4] وأنفذ غيره عتقها، لأنه قربة يثاب عليها.

فرع

قال: لو أوصى بثلث ماله فاستحق ثلثا ماله فالوصية في ثلث الثلث شائعاً، ووافقنا الشافعي على أن المعتبر في قدر المال بحال الموت دون يوم الوصية.

---

(1) في (د): بالمحاباة.

(2) (الأعراف: 189).

(3) (آل عمران: 143).

(4) كذا في (د). والكلمة مطموسة في (ي) ولعلّها: بقرب.

فرع

قال: إذا اعتق عبيداً وضاق المال أقرعَ بينهم. قال صاحب **البيان:** قال مالك: تقع القرعة في الموصَى بعتقهم، وفي المبتَّلين في المرض إذا أوصى بعدد منهم أو جزء أو بجميعهم ولا يحملهم الثلث، لما في الموطأ[1]: **أن رجلاً أعتق ستة اعبُد عند مَوته فأسهَم – عليه السلام – بينَهُم فأعتق ثلثهم ورق الباقي.** قال مالك: وبلغني أنه لم يكن له مال غيرهم، ولو كان له مال غيرهم عتق منهم بالقرعة محمل الثلث عند مالك. وقال ابن نافع: تختص القرعة بموت السيد في العتق عند الموت ولا مال له غيرهم، لأنها تذهب ما ثبتَ لجميعهم من العتق. وقال أشهب: لا يقرع إلا في الموصَى بعتقه لعدم ثبوت العتق، لأن الوصايا تقبل الرجوع بخلاف المبتَّلين في المَرض. فلو قال: أحد عبديَّ هذَيْن حرٌّ ونصفهما، اعتق نصف قيمتهما بالقرعة عند الجميع بأن يقوَّم كل واحد على حدته ويقرع عليهما. فإن خرج العتق للأول عتق من الآخر بقية نصف الجميع، وإن خرج الأكثر خرج منه قدر نصفهما دون باقيه وجميع الآخر. ولو قال: أنصاف[2] عبيدي حرّة[3]، أو أنصاف عبديَّ[4] عتق من كل واحد نصفه. قال ابن القاسم: ولو قال في رقيقه ليس له مال غيره: بيعوا رأساً منه في الديْن، والبقية أحرار، بيع واحد بالقُرعة، فإن فضل من الثلث شيء أسهم بين الباقي، فمن خرج عتق منه بقدر الباقي[5].

فرع

قال صاحب **البيان:** قال مالك: إذا أوصى بعبد بعينه فمات العبد عن مال قبل النظر في مال الميت: المال للموصَى له ويتخرج فيه الخلاف في بيع مال العبد في الوصية، ويخرج المال من ثلث ما بقي بعد موت العبد كأن العبد لم يكن.

---

(1) تقدم تخريجه.

(2) في (ي): في أنصاف.

(3) في (ي): حره.

(4) في (ي): أعْبدي.

(5) في (ي): الثلث.

فرع

قال: قال ابن القاسم: إذا أقرّ في مرضه أن عَبدي هذا حرّ، وكنت اغتصبته على نفسه وهو حرّ الأصل: إن كان يورث كلالة لا يصدق للتهمة في إزوائه عن الورثة، ولا يعتق من المال ولا غيره، لأنه لم يقل: اعتقته، وإن ورثه ولده عتق من رأس المال لعدم التهمة مع الولد. وهذا التفصيل فيمن قال: أولدت أَمَتي هذه، وفي المسألتين ثلاثة أقوال: إن لم يورث كلالة يعتق من رأس المال في **المدونة** لأنه إقرار صحيح. لا يعتق مطلقاً قاله ابن القاسم في **المدونة** لأن الحالة حالة حجر، ولم يخرجه مخرج الوصايا، ويعتق من الثلث لأن أقل أحواله يكون وصية، وإن ورث كلالة فثلاثة أقوال: يعتق مطلقاً في **المدونة**. ويعتق من رأس المال في **المدونة**. وروي: اقراره نافذ مطلقاً ورث كلالة أم لا، فتجتمع في المسألة خمسة[1] أقوال. لا يعتق مطلقاً ورث كلالة أم لا. ويعتق مطلقاً من رأس المال في كلالة وغيرها، ويعتق من رأس المال إن لم يكن كلالة، وإلاّ لم يعتق مطلقاً.

فرع

قال: قال مالك: إذا أوصى أن ربع عبده حرّ لم يقوّم على العبد باقيه، لأن السيد هو المعتق، ولو اوصى لعبده بربع نفسه عتق وقوّم عليه باقيه، كأن العبدَ ملك بعض نَصيبِه[2] فأعتقه بالتقويم عليه أولى من الشريك المعتق.

فرع[3]

قال: قال ابن القاسم: أوصى لرجل بصوفها ولآخر بلحمها ولآخر بجلدها فتركت حتى ولدت الأولاد فلا شيء للأولين من الولد، ولصاحب الجلد قيمته، لأن الولد تابع لأمه، والأم داخل الجلد والصوف، والجلد تبع فيعطى قيمته إذا استحييت.

---

(1) (خمسة) سقطت من (ي).

(2) في (د): نفسه.

(3) هذا الفرع سقط برمته من (ي).

فرع

قال: قال ابن القاسم: أوصى لرجل بعشرة، ولآخر بعشرين، ولآخر بثلاثين. وقال في آخر: هو شريكهم، يعطى نصف وصية كل واحد منهم مما أوصى له به، لا من بقية الثلث بعد الوصايا، لأنه شرك[1] ولم يبيّن، فإن قال: هو شريك معهم بالتسوية فقد وصّى له بربع كل وصيةٍ، إن كانوا أربعة فهو[2] رابعهم، أو خمسة فله الخُمُس.

فرع

قال: قال ابن القاسم: أَعطوا فلاناً هذا الفرس، وخيّروا فلاناً في الفرسَين الباقيين، وادفَعوا الباقي لفلان، فاختلط المعيّن فلم يُعرف: يعطى صاحبه الثلث[3] من كل فرس، وللمخيَّر ثلث الأعلا وثلث[4] الوسط، وللآخر ثلث[5] الدني والوسط، فيصير لكل واحد فرس، وتجوز شهادة الشهود فيها مع اللبس كما لو طلّق إحداهما وشكوا فيها.

فرع

قال: قال مالك: إذا جهل سبقية[6] موت الموصي والموصَى له: لا شيء لورثة الموصَى له، كما لا يورث بالشك إلا أن تقوم بينةٌ.

فرع

قال ابن القاسم: أُوصى له بمائة سلفاً إلى أجَل، ثم هي لآخر، يضمن الأول ما

(1) في (ي) لأنه شريك ولم يبس، كذا دون نقط.
(2) في (ي): ان كانوا أربعة فله الربع.
(3) كانت في (د): الثلثين، ولكن الناسخ كتب عليها بالهامش: لعلّه: الثلث.
(4) في (د): ثلث الأعلى والوسط.
(5) في (ي): ثلثا الأدنى وثلث الوسط.
(6) في (ي): سبق.

نقص منها لأنه المتصرف فيها. فإن لم يحملها الثلث أخرج ما حمله على الشرط المذكور.

فرع

قال ابن القاسم: إن مت من مرضي هذا فعبدي مدبر. فهي وصية إن عاش اتفاقاً، وإن مات فله في كونها وصية أو تدبيراً قولان نظراً للفظ التدبير أو التعليق على الموت، وفائدة الخلاف: التقديم على الوصية.

فرع

قال: قال ابن القاسم: كنت حَلفتُ بعتق رقيقي إن لم أتصدق بمائة فأخرجوها من ثلثي: إن حمل الثلثُ المائة بَرَّ، لأن حال الثلث بعد موته كحال ماله في حياته، بخلاف قوله: كنت حنثت في صحتي.

فرع

قال: قال مالك: إذا أوصى بعتق بعضِ رقيقه فمرض بعضهم قُوِّم مَريضاً ولا ينتظر[1] به الصحة خوف الموت، لأن تنفيذ الوصية واجب على الفور.

فرع

قال: قال ابن القاسم: أوصى لفُقراء بني عمه، ولم يَشهد بذلك إلاّ اغنياؤُهم: تُردُّ الشهادة للتهمة في صيرورتهم محتاجين للمشهود به إلاّ في الشيء اليسير.

فرع

قال: قال ابن القاسم الوصية بالغائب جعل إحضاره على الموصَى له لأنه ملكه، وله نفعه، ويقوَّم بذلك الموضع في رفعته وخسته، ولا يجلب.

فرع

قال: قال ابن القاسم: بيعوا عبدي هذا بعشرين، وأعطوا فلاناً منها خمسةَ

(1) في (د): وينتظر. وهو تحريف.

عشر، فحبس[1] عن العشرين: أعطي ثلاثة أرباع المتحصل لأنها نسبة الوصية، وعنه: له ما زَادَ علي الخمسة قلّ أو كثر، لأنه لم يبق للورثة إلاّ خمسة فلا تنقص.

فرع

قال: قال ابن القاسم: لا تُدخل بئرُ الماشية في الوصية، لأنها لا تباع ولا تورث، ولا للموصَى له شرب مع الورثة لعدم تناول الوصية إياها.

فرع

قال: قال مالك: أُوصى أن يعتق إن حمله[2] الثلث فلم يسعه، لم يعتق إلاّ أن ينقص الشيء اليسير فيعتق كله لاشتراطه السعةَ، وظاهر قوله: أنه لا يغرم ذلك اليسير، والذي في الكفالة من المدونة: اليسير مثل الدنانير والدراهم، وقال ابن القاسم: يغرمه موسراً ويتبعه الورثة مُعسراً. لأنه يكمل على نفسه مراعاة لقول ربيعَة أنه يقوَّم بماله، فإن لم يحمله قوّم بما يحمله من ماله[3] ويكون الباقي اليسير[4] مضافاً للمال اليسير[5]. وأبتَاعه مراعاة للقول بالإستسعاء، وقال سحنون: يرق الباقي ليسارته، ولا يلزمه غرْم، ووجه قول مالك بالعتق إذا بقي الشيءُ اليسير: أن الزيادة غير محققة، لأنه تقويم بالإجتهاد.

فرع

قال: قال مالك: إذا ادعت المرأة حملاً أخرت الوصايا (حتى يتبيّن أمرها ليلا توخذ الوصايا[6]) ويوقف الثلثان، فربما هلك فيرجع الورثة على الموصَى له بثلثي ما أخذ، ولعله يفوت في يده أو يعدم، وقال أشهب: تنفذ الوصايا، لأن الأصل: عدم

---

(1) في (د): فحبس، وفي (ي): فحبس على العشرين.

(2) في (ي): ان وسعه.

(3) (من ماله) سقطت من (د).

(4) في (ي): السيد.

(5) في (ي): السيد.

(6) ما بين القوسين سقط من (ي).

الهلاك، والخلاف أيضاً جارٍ على الخلاف في الموصَى له بالثلث يطرأ على الورثة، هل حكمه حكم الوارث يطرأ على الورثة أو حكم الغريم أو حكم الوارث؟ فعلى الأول: تعطى الوصايا ويوقف للورثة ثلثاهم لهم النماء وعليهم النقص، ولا يرجعون بشيء ولا يرجع صاحب الثلث بشيء إن نَمَا المالُ. وعلى الثلثين وقف جميع المال، ولا يعجل له الثلث كما لا يعجل السدس حتى يوضع، وعلى هذا لو عَجل له الورثةُ الثلث وتلف بقية المال قبل وضع الحمل: رجعوا بثلثي الثلث، ويرجع هو عليهم بثلث النماء، وعلى القول الثاني: لا يرجع، ولو كانت الوصية بعدد دنانير عجل ووقف الباقي اتفاقاً، لأن الوصية بالعدد واجبةُ الإخراج كالديْن.

فرع

قال: قال مالك: أوصى أن يشترَى عبد بعشرة فيعتق عنه فوجد عبد بعشرين فقال: أخُو العبد للسيد – وهو حرّ –: بعه بعشرة وأنا أعطيك عشرة فباعه بعشرة ولم يعلم الوصي، فهو عيب يرجع به على البائع من الثمن، لأن الأخ قد شارك في العتق فما دفع فكأنه اعتق النصف، والوصي النصف. قال ابن القاسم: وتنظر قيمته بغير شرط العتق وبشرطه، ويرجع بما بين القيمتين. قال: وليس بصواب، بل هو كالذي استحق نصفه ويجعل ذلك في رقبة أخرى، فإن كانت الوصية في عتق واجب لم يجز، وضمن الموصي عند أشهب، لأن الخطأ في الضمان كالتفريط، ويشتري رقبة أخرى فيعتقها عن الموصي ولا يضمن عند ابن القاسم لعدم علمه، ويرجع على الورثة في باقي الثلثين.

فرع

قال مالك: أوصي بوصايا ومالُه ديْن، فاستأجر الوصي على تخليصه لم يكن على الموصَى لهم شيء من الأجرة، لأنه لم يوص لهم بديْن بل بما يتخلص. وقال ابن نافع: إن لم يكن في الثلث فضل فعليهم حصتهم لأن الوصايا لا تزيد على الثلث.

فرع

قال: قال ابن القاسم: إذا أوصي برقيقه أو غيره فَبَدَّله فله ما يوجد عند الموت

من البَدل، لأن الوصية إنما يقصد بها حالة الموت، أما لو عينه فثلاثة اقوال: يتعين العبد والزرع توفية باللفظ، لا يتعينان لأن مقصود الوصية إنما هو عند الموت فهو يعلم أن له الرجوع والإستبدال، يتعيّن العبد دون الزرع ونحوه لتعلق حق العبد والجهاد لا حقّ له، واختلف هل يتعيّن العبد بالتسْمِية[1] والصفة؟ عينه ابن القاسم نظراً لللفظ، وقيل: لا يتعيّن، لأن مقصود هذه التعينات الإشارة للنوع دون الشخص.

فرع

قال: قال مالك: أوصى أن يشترَى عبد وارث له فيعتق عنه فزاد الوارث مثل ثلث الثمن، لأن الوصية مقصدها: المعروف والإيثارُ فتحمل ها هنا عليه، والثلث أصل في الوصايا ولم يتهمه، وهو خلاف ما في المدونة واتهمه في الوصية لوارثه، ولو فرق بين العالم بوجه الحكم لَكَانَ وجهاً.

فرع

قال: قال مالك: أوصي بعتق نصيبه من عبد وعتق نصيب شريكه: لزم ذلك شريكَه، لأنه من باب التقويم، وعنه: لا يجبر ويعتق نصيبه وحده، لأن الميت لا يقوَّم عليه. وقال (ش)[2]: يكمل على الميت في ثلثه قياساً على الحي، والفرق عندنا: انتقال المال وبطلان الملك[3] والأهلية.

فرع

قال الأبهري: قال مالك: سلاحي في سبيل الله، لا يجعله الوصي حبساً بل يجتهد فيه فيملكه من يقاتل[4] في سبيل الله تعالى.

---

(1) في (د): بالشبهة.
(2) في (د): فرع.
(3) في (ي): الثلث.
(4) في (د): يعامل.

فرع

قال: قال مالك: أوصى بثلثه في سبيل الخير، فقضى الوصي منه ديْناً بغير بينة[1] ضمنه، لأنه متعد بعدم البينة.

فرع

قال: قال مالك: ما اكتسبه العبد الموصَى به بعد الموت وقبل الجمْع للتركة فللموصَى له، لأنه بالموت صار على ملكه.

فرع

قال: صاحب المنتقى: قال ابن القاسم: هو مدبر وإن لم أحدث فيه حدثاً فهو وصية، وكذلك: عبدي مدبر بعد موتي، لأنه تصرف غير مبتوت[2] الآن، وإن مت من مرضي فعبدي مدبر، لا يرجع فيه، لأن شأن التدبير التعلق بالموت، وإن قال: هو حرّ يومَ أموت: قال مالك: إن أراد: التدبير فهو تدبير، وإلاّ فوصيةٌ لأنها الأصل.

فرع

قال: قال مالك: إذا اعتق المريض أو الحامل أو تصدقا، ولم يقل: إن مت، ثم صحّ فقال: اردت: إن مت، فيستدل بالقرينة على قصده، وقال في مريض قيل له: أوص، فقال: فلان حرّ، ثم صحّ فقال: اردت بعد موتي: يصدق لقرينة تقدم الأمر بالوصية، ومتى عدمت القرائن فهو بتْل، لأنه ظاهر اللفظ.

فرع

شرع الله تعالى الوصية وشرع الرجوع فيها لطفاً بالعباد بتوفير عزومهم على

---

(1) في (ي): ثلثه. وهو تصحيف.

(2) في (ي): مثبوت. وهو تصحيف.

تكثير الوصايا، وقاله الأئمة، فلو أعتقد المريض تعذر الرجوع لامتنع من الوصية خشية الصحة فيذهب عليه ماله. فإذا علم أن له الرجوع صحيحاً ومريضاً استكثر من الوصايا حتى لو أمكنه استيعاب ماله استوعبه بتقديم ماله بين يديه، ويسعد الموصَى له بالوصايا. قال صاحب **المقدمات**: له الرجوع في وصية الصحة والمرض (في الصحة والمرض)[1] وليس له الرجوع[2] في التدبير، واختلف إذا قال: إن متُّ فعبدي حرٌ، هل[3] هو وصية حتى يعلم التدبير؟ قاله ابن القاسم: أو تدبير حتى تعلم الوصية؟ قاله أشهب، ثم الرجوع قد يكون بالصريح، وقد يكون بالمحتمل فتنقسم التصرفات ثلاثة اقسام: منها ما يدل على الرجوع، وما لا يدل، وما هو متردّد، ويتضح ذلك بسرد فروع المذهب، وقال ابن يونس: إذا أوصى بديْن ثم اقتضاه فأنفقه أو أودعه فهو رجوع، قاله ابن القاسم، ولو أوصى بزرع فحصده أو بتَمر فجَذَّه أو بصوف فجَزَّه ليس برجوع، لأنه من مصالح ذلك لهلاكه بالتأخير إلا أن يدرسه ويشيله[4] إلى بيته فهو رجوع، ورهن العبد ليس برجوع، وكذلك الإجارة والأجرة للموصى له، لأن الرهن قد يكون بالعارية، وإجارة الفضولي صحيحة، قاله مالك، وإن صبغ الثوب فهو بصبغه للموصَى له، وكذلك غسله، ويحمل على زيادة في الوصية، وكذلك تجْصيص الدار وزيادة البناء لعدم تغيير الإسم عن حاله، قال أشهب، وبناء العرصة داراً رجوع لتغير الإسم، ولو هدم الدار حتى بقيت عَرصة فليس برجوع، لأنها موصًى بها ولا شيء له في النقض، وقال ابن القاسم: العرصة والنقض للموصَى له، لأن الجميع مُوصًى به، قال: وإذَا لَتَّ السويق وصبغ الثوب فهما شريكان بقدر الصبغ واللَّتِّ، لأن الأصل: بقاؤهما على ملكه، قال ابن القاسم: نسجُ الغَزْل وقطع الثوب رجوع لتغيير الإسم. قال أشهب: قطع القميص قَباءً أو الجُبة قميصاً، والبطانة يبطن بها، أو الظِّهارة يُبطنها

(1) ما بين القوسين سقط من (ي).

(2) (الرجوع) سقطت من (ي).

(3) (هل) سقطت من (ي) ولا بدّ منها.

(4) في (ي): ويحمله.

ببطانة، أو القطن يُحشى به، أو الغزْل ينسج، أو الفضة تصاغ، أو الشاة تذبح، رجوع لقوة هذا التصرف وتغيير الإسم في بعضها، وإذا اشتُري الموصَى به قبلَ الموت عادت الوصية للموصَى له، لأن الوصية إنما تعتبر عند الموت، وإن أوصى له بعبد في غير ماله[1] أن يشترَى له فملكه بميراث أو هِبة نفذت الوصيةُ، لأن المقصود تحصيله له، ولو أعتق عبده في مرضه فقيل له جهلاً: لا يجوز منه إلا الثلث، فقال: اعتقوا ثلثه، هو رجوع، ولا يعتق إلاّ الثلث، لأن الرجوع لا يتوقّف على موجبه شرعاً، ولو كان لا يجوز فأعتقوا ثلثه عتق كله، قاله أصبغ، ولو أوصى بثيابه فباع بعضها وأخلف[2] ثياباً، أو بمتاع بيته فتكسر بعضُه فأخلَفَه، أو بسلاحه فتكسر، أو ذهب درعه فأخلفه، أو بحائطه فيَكسر منه النخلات ويغرس غيرها، أو يزرَع فيه زرعاً فذلك كله للموصَى له، لأنه مراد الموصي قاله مالك، بخلاف العبد يموت فيخلف غيره، لأنه عينه، ولو قال: رقيقه لفلان فأفاد رقيقاً فهو للموصَى له، كما لو قال: إذا مت: رقيقي أحرار، عتق رقيقه عند الموت، والوصية أيضاً لا تعتبر إلا عند الموت لسلطنة الرجوع قبله، ولو قال: رأس من رقيقي أو من إبلي فمات بعضهم وأخلف غيره فالوَصية فيما أخلف، ولو قال: ثوبي الخَز لفلان فيذهب ويخلف غيره فلا شيء للموصَى له، تنزيلاً للصفة منزلة التعيين، وقال أشهب: إذا وصف ثيابه بصفتها وألوانها[3] وأجناسها ورقيقه لا يكون الخلف للموصي إلا أن يوافق الأولى في الإسم والجنس والصفة نحو قوله: عبدي مُبَارَك النُوبِي (وقميصي المروزي ويكون الثني[4]) مثله فهو للموصَى له، وفرق بين الوصية والخلف بالعتق: أن الوصية له الرجوع فيها. ولو حلف بعتق رقيقه إنما يلزمه في رقيقه يوم الحلف والوصية إنما تلزم يوم الموت، وقاس مالك علي الحلف. ولو قال في وصيته: عبدي حرّ وله عبد واحد، فاشترى غيره ثم مات، فالأحسن

---

(1) في (ي): ملكه.

(2) كذا في النسختين، ولعلّها: أخلق.

(3) في (ي): وأسمائها. وسقطت منها (وألوانها).

(4) ما بين القوسين سقط من (ي).

عتق نصفها بالسهم لتناول الإسم إياها. وقال محمد: لا يعتق إلا الأول لتعيّنه بالملك، قال أشهب: لو قال: أحدهما حرّ فمات أحدهما واشترى آخر فهما حرّان، قال محمد: لا يعتق الثاني فقط، لأنه بقية ما تناوله اللفظ، قال ابن القاسم: وطْءِ الجارية ليس برجوع، لأن الملك إنما ينتقل عند الموت، فإذا وقف بعد الموت لتبيّن الحمل منه فقتلت، قيمتها للميت، لأنها قد تكون حاملاً، واشتشكله ابن عبدوس لأن الأصل: عدم الحمل قال صاحب المنتقي قال مالك: رهن العبد والجارية ليس برجوع ويفدى المرهون من رأس المال لبقاء الإسم والصورة على ملكه، ولو أوصى بعبد بعينه ثم أمر ببيع كل عبد له: قال ابن القاسم: كما لو تصدق بكل عبد له على رجل أو اعتق كل عبد له. وقال ابن وهب: تبقى الوصية لأن اللفظ الخاص يقدّم على العام، ومذهب ابن القاسم على مذهب (ح): أن العام المتأخِّر يرفع الخاص المتقدم، قال البصري في تعليقه: إذا أوصى بعبد بعينه ثم أوصى به لآخر فهو بينهما، وقاله الأئمة، وليس رجوعاً عن الأول، لأن الوصية إنما تملك بالموت فكأنه ملكهم في وقت واحد.

فرع

في المنتقى: أوصى أن يشترَى عبد بثلاثين فيعتق عنه ففعل واستُحق نصفه، خيّر المستحِق بين إجازة البيع وأخذ نصف الثمن، لأنه بيع فضولي، أو أخذ النصف فيقوَّم على الوصي في ماله دون الورثة لإتلافه ذلك خطأً، وهو في الإتلاف كالعَمْدِ، وقال أصبغ: بل على الورثة في ثلث الميت نظراً لأصل الإذن، وإذا قوم علي الموصي وفيه فضل ردّ على الورثة، لأنه من نماء التركة، أو نقصان فعليه، لأنه بإتلافه، كما أنه إذا لم يجد البائع فالمصيبة منه.

فرع

قال: أوصى بوصايا أو بنفقة رجل عمره فلم ينفذ ذلك حتى مات الموصَى له بالنفقة. حاص ورثته أرباب الوصايا بقدر ما عاش، لأنه استحقه.

فرع

قال ابن القاسم: إذا قال: رقيقي أحرار، فوجدوا الثلث فاعتقوا، ثم طرأدَيْن وقد قسم المال فثلثه على العبيد يقرع بينهم، فيباع الثلث للديْن والثلثان على الورثة كانوا أملياء أم لا، لأخذهم مصرف الديْن وهو التركة.

فرع

قال: قال ابن القاسم: شهد شاهدان أنه قال: إن مت من مَرضي فغلامي سعيد حرّ، وأنه مات من مرضه، وشهد آخران: إن صححت من مرضي فبَدْر حرّ، وأنه صحّ من مرضه: يعتق نصف كل واحد منهما لتكافىء البينتيْن، كما لو ترك ولداً نصرانياً وولداً مسلماً، وشهدت بينة أنه مات نصرانياً وشهدت أخرى أنه مات مسلماً، يقتسمان المال، ولو كانت إحداهما أعدل قدم عبدهما[1] وقال أصبغ: تقدم بينة الصحة لإثبات ما لم تَعلَمْه الأخرى، كما لو حضر البينتان موت المتنازع في إسلامه فشهدا بذلك، ولم يعرف أكان قبل ذلك مسلماً أم لا، حكم بأعدلهما، ولو علم أن أصله كافر فقالت الأخرى: انه أسلم ونفت[2] الأخرى، قدمت الأولى لإطلاعها على ما جهلتْه الأخرى.

فرع

في **الاستذكار**: إذا أوصى بشيء بعينه فادعى الورثةُ أنه أكثر من الثلث: قال مالك وأصحابه: يخيرون بين دفعه أو دفع جميع ثلث الميت لأنه مرجع الوصايا، وخالفه الأئمة، لأن الوصية ملكته ذلك بالموت فيفتقر أخذه منه للمعاوضة عليه ويمتنع أخذه بغير رضاه، **وجوابهم**: لا نسلم أن الوصايا تنفذ في غير الثلث، ولا يتقرر ملك في غيره. قال: وأرى أن يلزم الورثة تحقيق دعواهم، فإن تحققت فهم شركاء معهم في تلك العين، لأن التعيين يوجب تعلق الحق به، وإلاَّ خيروا، وهذه

(1) في (د): عبدها. ولعلّ الصواب: أعدلهما.

(2) في (ي): وقفت. وهو تصحيف.

المسألة تعرف بخلع الثلث. قال الطرطوشي: فلو كان له[1] الثلث فأقل، فقال الورثة: لا نعطيه لأنه ثلث الجميع، وقد يعطب بعْض المال قبل جمعه فيفوز بالعين دوننا، خُيروا أيضاً، وإن كانت التركة كلها حاضرة عروضاً وأوصى بدنانير: قال ابن القاسم: لا يخيروا بل تباع العروض ويعطى، ولو ترك مائة دينار وعُروضاً وأوصى بمائة عجلت قبل البيع. قال أشهب: كانت الدنانير معينة أم لا، وعن ابن القاسم: إذا لم يترُك إلا ثلاثة دُور وأرضاً وأوصى[2] بخمسة دنانير يعطوه إياها وثلث الميت، ولا يبيع السلطان من الدور بخمسة[3] دنانير، وإذا أوصى بمُعين أكثر من الثلث: فاختيار ابن القاسم: يقطع له بثلث الميت في ذلك المعيَّن، وعن مالك: ثلث الميت، وقال (ش) و(ح): إنما له ثلث ذلك الشيء وهو شريك بقيمة ثلثه من التركة، لأن للميت أن يوصي بالثلث شائعاً وأن يُعيِّنه وينقل حق الورثة من ذلك إلى غيره من الأعيان، ويسقط حقهم من الأعيان بيبعها بثمن المثل، فلم يغيِّر وصيته فتنفذ، ولأنه لو أعطى ثلث الميت لظلم، لأنه غير ما وصى له به، ولأن خلاف ذلك يؤدي للربا، فإنه إذا أوصى له بمائة معينة فإنه يستحق ثلثها، فإذا أخذه ومعه أكثر منه صار رباً.

والجواب عن الأول: انا نمنع أن له أن يعين الثلث في شيء بعينه إلاّ بإذنهم، قاله عبد الوهاب، فحقه شائع ليس في شيء بعينه، وإذا عين ما قيمته أقل من الثلث (فإنما ترك بعض حقه من الثلث)[4] ليسلم له التعيين، فإذا لم يسلم رجع إلى ما كان من الثلث وهو لم يرد غير هذا المعيَّن ففي إعطائه القيمة من غيرها تبديل للوصية، واما دفع الثلث فأدَّى إليه منعُ الورثة مَا أوصى به فلو لم يعط ذلك لم يبق له شيء، **وعن الثاني**: إنكم ظلمتموه بإعطائه القيمة عن الثلثين من بقية التركة، وهو غير الموصَى به، أو نقول: الموصي تعدّى في تعيين

(1) في (ي): فلو كان الموصى به من الثلث فأقل وقال. . .

(2) (وأوصى) سقطت من (ي).

(3) في (ي): ولا يبيع السلطان من الدور بثلاثة دنانير. . .

(4) ما بين القوسين سقط من (د).

ما هُو أكثر من الثلث فيرد في تعديه إلى الثلث كما لو تعدى بالزيادة على الثلث وبقي[1] العدوانُ ليس ظلماً. **وعن الثالث**: إن الربا بِأخذ شيء ودفع أكثرَ منه، والموصَى له وجب له أخذ الأمرين، والخيار للورثة عليه فيهما كسيد العبد الجاني يخيَّر بين[2] إسلامه والجناية، وليس ربا.

فرع

قال الطُّرطوشي: قال شيوخنا: الموصَى به بعد الموت موقوف إن قبلها الموصي له تَبيَّنا[3] دخولها في ملكه بالموت أو ردها، تَبيَّنا أنها لم تَزَل على ملك (الموصَى[4]، ومن أصحابنا من قال: لم تزل على ملك الميت)، وقال (ح): تدخل بالموت في ملك الورثة، فإن قيل: لم أفسخ ملك الورثة وتدخل في ملكه من يوم القبول. قال صاحب **المقدمات** قيل: تجب بموت الموصي قبل القَبول بعد الموت، واختلف على هذا القول: إذا مات الموصَى له بعد الموت قبل القَبول: قال مالك في **المدونة**: لورثته القَبول[5]، وقيل: ليس لهم، وتبطل وترجع ميراثاً، قاله الأبهري، وقيل: تجب بنفس القَوْل دون قَبول، فعلى هذا لو كانت وجبت للورثة وليس لهم ردها إلا على وجه الهبة لورثة الموصي ان قبلوها، وقال (ش): يملكها بنفس الموت. **لنا**: أنه عقد فيه إيجاب وقبول فلا يملك قبل القبول كالبيع، ولأنه على ملك الميت إلى الموت، والموت يمنع الملك، وملك الوارث إنما أثبته الله تعالى فيما عدا الوصية، فيكون موقوفاً، ولا عجب في إقتضاء القَبول أثراً قبله، كما لو قال: إن اخترتني فأنت طالق قبله بشهر فاختارت، طلقت قبل ذلك بشهر، ولو مات الموصي وارتدّ وارثُه ولم يقبل الموصى له الوصية رجعت للمرتد، فلو كان إنما يملك بالرد لم يملك هذا لِردَّته، فلما ملك ها هنا علم أن ملكه من يوم الموت،

---

(1) في (د): وكفى.

(2) في (ي): يخير بعد اسلامه.

(3) في (د): ثبتنا.

(4) ما بين القوسين سقط من (د).

(5) في (ي): . . الموصي قبل الموت، واختلف الخ. وفيه سقط.

وقد سَلَّم الحنفيَة هذه الصورة، أو نَقول: مالك يشترط فيه الموت ويتوقف على شرط بعد الموت فليستند[1] إلى وقت الموت كالميراث، فإن التركة إذا كان فيها دیْن لا يحكم فيها بالملك للورثة عندهم، فإذا[2] أدّى الغرْم استند الملك[3] إلى وقت الموت، فكذلك إذا أوصى بعبد فلم يقبله الموصَى له، ولا يلزم إذا أوصى أن يباع منه ملكه بعد الموت لأن التمليك بالعَقد لا يتوقف على الموت[4] ولا يفرق بأن الميراث قَهري والوصية تفتقر للقَبول كالبيع والهبة، لأنا نجيب بأن ملك البائع والواهب ثابت إلى قَبل القَبول، وملك الميّت زائل بالموت، وليست بالوصية[5] كالعقود، لأن تأخير القَبول عن الإيجاب يجوز فيها عندنا بنحو الشهرين بخلاف غيرها. احتج (ش) على دخولها بالموت من غير قَبول بالقياس على الميراث[6]، بطريق الأولى، لأن الثلث الموصَى به مقدم على الورثة، ولأن بقاءَها على ملك الميت متعذر، لأنه جماد على ملك الورثة، لأن الوصية مقدمة عليهم فتعين الموصى له[7]، أو بالقياس على الوصية للفقراء والوقف[8].

والجواب عن الأول: أن الوصية تبطل بالرد فله اختيار فيها كالبيع والهبة، والميراث قَهري فالشبه بالبيع أقوى،

والجواب عن الثاني: منع الحصر أن يكون موقوفاً ليس على ملك أحَد.

والجواب عن الثالث: الفرق: قبول المحل لصدور القبول بخلاف الفقراء والوقف على المسجد.

---

(1) في (ي): فليسند.
(2) في (ي): فاذا أمر الغريم.
(3) (الملك) سقطت من (ي).
(4) (على الموت) سقطت من (د). وهي ضرورية.
(5) في (د): الوصية.
(6) في (د): بل بطريق...
(7) في (ي): لها.
(8) (والوقف) سقطت من (د).

فرع

قال ابن يونس: تجوز الوصية للصديق الملاطِف بالثلث، ويمتنع بأكثر إلا أن يجيزوه، وإقراره له بالدَيْن جائز إن ورثه ولد أو ولد ولد، بخلاف الأبوين والزوجة والعصبة لقوة التهمة حينئذ، وقال سحنون: لا تنفذ في الثلث ولا غيره لأنه لم يجعله وصية فتخرج من الثلث، والتهمة تمنع كونه غير وصية، وإن كان عليه دَيْن يغْترق مالَه بطل إقراره للملاطف والوصيةُ له والكفالة عنه، قاله ابن القاسم لقوة الدَيْن وتقديمِه على الإرث، وإن أقرّ لفلان عنده مائة دينار والمقِر يرثه ولده كانت من رأس المال، لعدم التهمة لفرط الشفقة على الولَد، أو كلالة، بَطَل إقرارُه ولو صدقه فلان، أو ورثه جاز إقراره، أو كذبوه بَطَل إقرارُه لقوة التهمة بالتكذيب. قال شارح **الجلاّب**: تجوز الوصية للملاطِف بشرطين: عدم الدَيْن لأجنبي، وأن يرثه بنوه الذكور أو الذكور والإناث، فمتى فُقد أحدُهما بَطلت الوصية للتهمة، وإذا وَرِثه إناث أو إناث وعَصَبَة أو ابوه: اختلف الجواب والسقوط. أبطل[1] القاسم الإقرار إن ورثه أبواه أو العصبة، واختلف إذا بطل مع العصبة: هل يجوز إذا حمل ذلك الثلث، لأنه لو شاء جعله وصية، أو يرد لأنه لم يرد به الثلث؟ وحيث أبطَلنا الإقرار – إن صح[2] صحة بينة – ثم مات[3] ثبت الإقرار (لأنه لم يخرجه مخرج الوصية، وإذا صحّ انتقل إلى رأس المال. قال الطُّرطوشي: الإقرار[4]) في مرض الموت للوارث بالدَيْن يصحّ إن لم يتّهم، وإلا فلا، كما لو ورثه ابنة وابن عم فأقر له صحَّ، أوْلَهَا فَلاَ للتهمة في الإزواء عنه. وقال (ح): يمتنع إقراره في الموضعين ولا يصح، وعند (ش): قولان: يصح في الموضعين، يبطل فيهما، نظراً إلى أن المرض هل يؤثر في الإقرار ويجعله كالإنشاء أم هو كحال الصحة؟ ونحن نعتبر مع ذلك قوة التهمة، قياساً على الشهادة، ولأن المَرض حالة

---

(1) (أبطل) سقطت من (د). ولا بدّ منها.

(2) في (ي): فصح.

(3) (ثم مات) سقطت من (د).

(4) ما بين القوسين سقط من (ي).

تمنع التبرع فتؤثر في الإقرار كالجنون والصِّبَا، أو نقول: موجب[1] المال لوارث لا يعلم إلا من جهته مع التهمة فيبطل كالهبة، وإن كان هبة الزائد على الثلث لا يجوز للأجنبي ويصح الإقرار به. فَذَلِكَ[2] لقوة التهمة ها هنا بخلاف الأجنبي، **احتجوا** بقوله[3] تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ**﴾ وشهادة الإنسان على نفسه: إقراره، وإذا وجب عليه الإعتراف وجب العملُ به علينا قياساً على الشهادة، ولأنه يصحّ إقرارُه بالوارث فيصحّ له كالصحيح، لأن الإقرار بالوارث يتضمّن الإرث والنفقة[4] وغيرهما من الماليات، والإضرار بالورثة، فالإقرار[5] بمجرد المال أولى، ولأن قبول الإقرار في المرض أولى من الصحة، لأنها[6] حال اضطرار لِلقُدوم على الله تعالى، فهي أحوج وأبعد عن الكذب، أو نقول: صح إقرارُه للأجنبي فيصح للوارث كالصحيح، عكسه المجنون[7] والمحجور.

والجواب عن الأول: لا نسلم أن ما وجب اظهارُه وجب العمل به، لأن الفَاسِق[8] تجب عليه الشهادة بما يعلمه، ولا يجب العمل بها، وكذلك السفيه والعبد يُقِران بما عليهما.

والجواب عن الثاني: أن الإقرار بالوارث لا يجوز مع التهمة، فلو لم يكن له وارث وله عبد من بلد لم يدخله السيد فأقرّ أنه ولدُه لِميله إليه امتنع، ثم الفرق بأن الإقرار بالنسبِ المال فيه تبع، ومفاسدةُ عظيمة على تقدير كذبه من تزويج البنات

---

(1) في (ي): هو حد للك لوارث.
(2) في (د): فكذلك. وهو تحريف.
(3) (النساء: 135).
(4) (والنفقة) سقطت من (ي).
(5) في (ي): والإقرار.
(6) في (د): لأنه.
(7) في (د): أو المحجور.
(8) في (د): القاسم.

والدخول عليهن وحجب كثير من الورثة، وانتشار هذه المفاسد إلى قيام الساعة فتضعف التهمة فيه.

والجواب عن الثالث: لا نسلم أنه يلزم من مزيد حاجته للإقرار قبولنا نحن له كما تقدم في الفاسق والمحجور.

والجواب عن الرابع: نقول بموجبه حيث لا تهمة كما في حد القذف، ثم الفرق: أن الأجنبي تجوز هِبتُه له في الثلث بخلاف الوارث.

فرع

قال صاحب **المقدمات**: الوصية خمسة أقسام:

أحدها: ما يجب تنفيذهُ، وهو ثلاثة أنواع: ما فيه قربة وفي تركه حَرَجٌ كالزكاة والكفارات، أو مثوبة بلا حَرَج، كالصدقة وما يُختلف في كونه قُربةً.

وثانيها: ما يحرم تنفيذه، كالمحرَّمات.

وثالثها: ما يختلف في وجوب تنفيذه، وهو نوعان: ما يُختلف في كونه قربةً على مذهب من يراه، كالوصية بالحج، أوْجَب مالك وأكثر اصْحابه التنفيذ، ولم يوجبه ابن كنانة.

والنوع الثاني: أن يوصي بما لا قربةَ فيه كالوصية ببيع ملك. قال: وانظر هل يأتي على هذا اختلافُهم في الوصية بِسَرَفٍ في الإنفاق والحنوط فقد جعله سحنون من الثلث، وابطله مالك وابن القاسم.

ورابعها: ما لا يلزم تنفيذه وهو نوعان:

الوصية للوارث، وما زاد على الثلث.

وخامسها: مَا لا ينبغي تنفيذُه، وهو الوصية بالمكروه كاللهو في عُرس[1] ممّا يستخف، ينعدمُ تنفيذه مع جواز تنفيذه.

---

(1) (في عرس) سقطت من (د).

القسم الثاني
من
الوصية

فيما يفيدُ ولاية التصرف للغير . وفيه بابان:

الباب الأول

في أركانه وهي أربعة:

الركن الأول: الموصي، وفي **الجواهر:** هو كل من كانت له ولاية على التصرف على الملك أوالأطفال، كالأب والوصي دون الأم[1]، وروي تصحيحها في اليسير كالخمسين ديناراً أو نحوها. قال ابن القاسم: وذلك من مالك استحسان وليس بقياس. قال: وذلك – عندي – فيمن ليس له أب ولا وصي، ومنعها أشهب لعدم الولاية في الحياة التي تستفاد منها الولاية بعد الوفاة للغير، وفي **الكتاب:** للمرأة أن توصي في ما لها وإنفاذ وصاياها ووفاء ديونها قياساً على الرجل، وإن لم يكن عليها دَيْن فلا توصي بمال ولدها الأطفال لعدم الولاية لها في الحياة، إلاّ أن تكون وصية الأب، وإلا امتنع إذا كان المال كثيراً، وينظر فيه الإمام، وإن كان يسيراً نحو ستين فيجوز فِيمَن لا أَبَ لَهم ولا وصي.

نظائر: قال العبدي: مسائل الخمسين إلى الستين خمس: الحيازة على الأقارب، واختلف في إلحاق الأصهار والموالي بهم، وتعنيس البنت، وقيل: أربعون، وقيل: ثلاثون، والأربعون إلى الخمسين قراضاً فيها النفقة والكسوة،

(1) في (ي): الإمام. . تصحيحاً. وهو محرف.

وكذلك البضاعة، والخمسون ثمن الرابعة، ووصية الأم.

فرع

في **الكتاب**: لا تجوز وصية الجد والأخ لعدم الولاية، وإن لم يكن له أب ولا وصي، وإن قل المال، إلا أن يكون وصياً، بخلاف الأم وقال (**ش**): الجد كالأب لإندراجه في آية الميراث في قوله[1] تعالى: **﴿ولأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُما السُّدُس﴾** وتحريم المصاهرة في قوله[2] تعالى: **﴿وَلاَ تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النساء﴾**

والجواب: لا نزاع أنه أخفض رتبة منه في الحجب، لأنه لا يحجب الإخوة الأشقاء، والأب يحجُبهم، والأصل: عدم الولاية على الغير[3]، خَالَفْنا الأصلَ بالأب الذي هو اعلا رتبةً وأتم شفقة، فيبقى فيما عداه على وفق الأصل، وليس في الجد نص فيتبع، والقياس لهذا الفارق مندفع، ومنع (**ش**): نفوذ وصية الأم والأب الفاسق[4].

الركن الثاني: الوصي، وفي **الجواهر**: شروطه أربعة:

الشرط الأول: التكليف، فلا تصح الوصية للمجنون وللصبي لعدم الأهلية لتحصيل مصالح هذه الولاية، وكل مسلوب الأهلية في ولاية لا تنعقد له.

الشرط الثاني: الأسلام، فيعزل الكافر ولو ولي وإن كان ذمياً خلافاً لـ(ح) لقوله[5] تعالى: **﴿وَالمُؤمِنُونَ وَالمُؤمِنَاتُ بَعْضُهُم أَوْلِيَاءُ بَعْض﴾** وهي صيغة حصر، فلا يتولى المسلمَ غيرُ مسلم. قال ابن القاسم: في **الكتاب**: قد منع مالك المسْخوط والذمي أولى، وعن ابن القاسم: إلا أن يرى الإمام لذلك وجهاً، وعن مالك: كراهة اليهودي أو النصراني، والجواز أيضاً إن كان قريباً كالأب والأخ

---

(1) (النساء: 11).

(2) (النساء: 22).

(3) في (د): العين. وهو تصحيف.

(4) في (ي): كالفاسق.

(5) (التوبة: 71).

والخال والمولى والزوجة. ومن يرى له حسن النظر للولد من أقاربه أو أوليائه، ويجعل معه غيرُه، ويكون المال بِيَد المجعول معه بخلاف أباعد القرابة، لأن مقصود الوصية: ضبط المصلحة المولَّى عليها، فالوصي كالوكيل، وتجوز وكالة الكافر اتفاقاً، غيرَ أن الموصي مفقود لا يتعقب من ولاه بخلاف الموكل فلذلك شدّد في الوصي، قال ابن يونس: تجوز وصية الذمي للذمي مثله، قال محمد: ولا يوصي ذمي لحربي ولو كان مستأمناً، قاله أشهب، ولو أوصى الحربي للمستأمن جاز لأنه أفضل منه، وتجوز وصية الحربي والذمي للمسلم.

الشرط الثالث: العدالة، وفي **الجواهر:** في **الكتاب:** لا يوصَى لمن ليس بعدل، لأن العدالة وازع عن الفساد، فعدمها يبطل الولاية، وقال ابن حبيب[1]: تصح الوصية للفاسق، ويزيلها الحاكم منه، فلو كان عدلاً لأنفذ تصرفه.

قاعدة: المصالح الشرعية ثلاثة أقسام: ما هو في محل الضرورات، وما هو في محل الحاجات، وما هو في محل التتمات. فالعدالة ضرورية في الشهادات لعموم[2] البلوى وعظم مفسدة شهادة الزور، وفي محل الحاجات الوصية كحاجة الإنسان لوثوقه بوصية بعد موته، والفاسق خائن لربه لفساده[3]، فلعباده أولى. وفي محل التتمات في ولاية النكاح، وهو أخفض رتبة، لأن وازع القرابة يقوم مقام العدالة في دفع العار، والسعي في الأضرار، لكن القرابة مع العدالة أتم على الخلاف في ذلك، ولا يشترط في الأقارب إجماعاً لأن الإقرار على خلاف الوازع الطبيعي، فأكتفي بالطبع عن العدالة، فإن الإنسان محمول على جلب النفع لنفسه ودفع الضرر عنها، فلا يعدل عن ذلك إلاّ لما هو حق في ظاهر الحال، وقد تقدّم بسط هذه القواعد في القياس من مقدمة الكتاب.

---

(1) في (ي): (ح).

(2) في (ي): لعدم، وهو تصحيف.

(3) (لفساده) سقطت من (د).

فرع

قال محمد[1] بن يونس: قال محمد: لا يوصى لمأبون، لأن الأبنة داء في الدُّبُر يشعر بسوء الحال، وجوز ابن القاسم وأشهب المحدود في القذف إذا كان ذلك منه فَلتة، وهو مرضي الحال، وكان يوم حُد غيرَ مسخوط، فإن السِّبَابَ ربما صدر من العدول والصلحاء[2] نادراً، ولا يخل ذلك بحالهم في العدالة بخلاف الزنا وغيره لا يُقدِم عليه إلاّ السفلة[3] إلاّ أن يتوب وتحسنَ حالُه.

فرع

قال اللخمي: إذا وصّى[4] غير عدل فادعى ضياع المال[5] لم يصدق إذا كان غير مأمون، والوصية لغير العدل تجوز بما يخص الميت كالوكالة، نحو الوصية بالثلث أو العتق أو بشيء في السبيل.

فرع

قال: إذا لم يكن الوصي وارثاً لم يكشف الورثة عن شيء إلاّ فيما يبقى للورثة منفعتُه مثل ولاء العتق، إلاّ أن يكون الوصيُّ سفيهاً سارقاً، فيكشف عن ذلك كله، فَربَّ وصي لا ينفذ من الوصية شيئاً، وإن كان الوصي وارثاً فلباقي الورثة الكشفُ عنه لإحتمال الإزواء لنفسه[6] فتكون وصيةً لوارث.

الشرط الرابع: في **الجواهر**: الكفاية والهداية في التصرف دون الذكورة والحرية، لأن الجاهل بتنمية الأموال وتفاصيل[7] أحوال الناس ربما أفسد أكثر ممّا يصلح، وقد يكون الإنسان يصلح لِقضاء الإقليم وهداية أهله، بالفتيا. وهو لا

(1) في (ي): قال ابن يونس:
(2) في (ي): والصلح، وهو تصحيف.
(3) في (ي): الا سفلة.
(4) في (د): رضي.
(5) (المال) سقطت من (د).
(6) في (ي): والمعبد بدون نقط.
(7) في (ي): وتفاضل.

يصلح للتصرف في يسير المال ولا كثيره، فلا يغتر بظاهره حتى تثبت أهليتُه. قال اللخمي: يجوز للعبد المأمون الكافي كان ملكاً للميت أو لغيره إذا رضي سيده ولم يَخَف عليه[1] السيد على ما في يديه لأنه صحيح التصرف، وإنما حجر عليه لأجل سيده، فإذا أذن سقط حقه، قال أشهب: إن سافر سيده أو مشتريه جعل الإمام وصياً غيره، والمعروف من قوله: أن للعبد أن يُقيم مقامه فلا يجد. وإذا أوصى بنيه الصغار لعبده فطلب الكبار أنصبائهم من الغلام خاصة، جاز وبقي الغلام على حاله أو بيع الجميع خشية النجَش[2] (بالتجار جاز عند مالك إلاّ أن يرى أن أخذ بقيته حسن نظراً للأيتام أو يدفع للشركاء بقدر ذلك البخس[3]) فلا تباع على الصغار أنصباؤهم لأنه مالهم أصلح لهم، وفي **الكتاب**: إذا أراد الأكابر بيع نصيبهم أشتري للأصاغر إن كان لهم مال يحمل ذلك وإلاّ إن أضرّ بهم بيعه[4] باع الأكابر حصتهم خاصة، إلاّ أن يضر ذلك بالأكابر فيقضى على الأصاغر هنا للضرر. قال صاحب **النكت**: (قال بعض الشيوخ)[5] إذا بيع كما قال في **الكتاب** انفسخت وصيته في البيع لعدم تمكّنه من مصالح الوصية. وفي **مختصر حمديس**: لمشتريه فسخ الوصية إن كانت تشغله وتضر به. قال: وفيه نظر. وفي **كتاب ابن حبيب**: إذا بيع جميعه انفسخت الوصية لأنه إنما أوصى له بناء على بقائه على ملكه. قال صاحب **البيان**: قال مالك: إذا أوصى لعبده فأراد أحَد الورثة بيعَ نصيبه أعطي نصيبه من مال المولى عليهم بقيمة العدل، ليخلص لهم، كما لو أوصى بعتقه[6]. فإن كان في التقويم على الأصاغر، ضرر أو ليس لهم مال بيع نصيب الأكابر وبقي نصيب الأصاغر ينظر لهم في آبائهم، فإن كان على الأكابر ضرر في التقويم على

---

(1) في (ي): علة. وهو تصحيف.
(2) في (د): النجس. ولعلّه: البخس.
(3) ما بين القوسين سقط من (ي).
(4) (بيعه) سقطت من (ي).
(5) ما بين القوسين سقط من (د).
(6) في (د): بعتق.

الأصاغر، يباع وتفسخ الوصية. وقال سحنون: إنما يكون العبد وصياً عليهم إذا استوت كلفتهم، أما أحدهم له مال دون غيره فلا، لأن المنفعة ينبغي أن تكون على قدر الأملاك. قال سحنون: وإذا كان فيهم كبير فهي وصية لوارث إن أجازها الكبار وإلاّ بَطلَت، وقول مالك أصحّ إذا قلنا: إنه إنما يخْرَم[1] الأصاغر في آبائهم[2]، قال ابن كنانة: إن وافق الأكابر على عدم اشتماله[3] على الأصَاغر وإلاّ أشتري للأصاغر نصيب الأكابر تنفيذاً للوصية. قال اشهب: تجوز الوصية للمكاتب والمدبّر وأم الولد والمعتَق بعضُه والمعتَق إلى أجَل، ومنع سحنون المعتَق إلى أجَل إلاّ أن يرضى الأكابر لأنه يشتغل عن خدمتهم. قال اشهب: وإذا أوصى لعبد غيره وأجازه السيد ليس له الرجوع، وقال (ح): توقف الوصية لعبد الغير على إذن سيده كما قلنا، وأما عبد نفسه وفي الورثة كبير يلي نفسَه لم يصح، والاصحّ، **لنا**: القياس على الحرّ بجامع العدالة وحسن النظر في تحصيل المصلحة، وقياساً على الوكالة، ولا يلزم الكافر، لأن نظره عام في تعليم القرآن وغيره من آداب البدن، وهو متعذر من الكافر، **إحتجّوا** بالقياس على الشهادة، وبقوله[4] تعالى: ﴿**ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلاً عَبْداً مَمْلُوكاً لاَ يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ**﴾ فلا يقدر على التصرف الخاص. **والجواب عن الأول**: أن شهادته له مظنّة التهمة، **وعن الثاني**: أن المراد: ضرب المثل للكفار بأن الأصنام ملكْتهم[5] وهم لا يقدرون على شيء، فالعبد يقدر على الخدمة إجماعاً.

الركن الثالث: الموصَى به. وفي **الجواهر**: هو التصرّف المالي في قضاء الديون وتفريق الثلث، وصغار الولد بالولاية عليهم، وبنكاح كبار ولده، ومَنعَ **(ش)**: تصرّف الوصي في إنكاح البنات، لأن الأب جعلت له الولاية حالة الحياة

---

(1) في (د): يخدم.
(2) في (ي): أيامهم.
(3) في (ي): اشتغالِه عن. ولعلّه الصواب.
(4) (النحل: 75).
(5) في (ي): ملكهم.

لمعنى فيه، وهو مزيد الشفقة، فإذا مات إنقطعت ولايته فلا حق له بعد الموت يوصي فيه، بخلاف ثلثه، والنظر المالي، لنا: أنه حق كان له حالَ الحياة، فيوصي به بعد المماة قياساً على المال وعلى الوكالة فيها حالة الحياة.

الركن الرابع: الصيغة. وفي الجواهر: هي الصيغة الدالة على تفويض الأمر إليه بعد موته، نحو: وصيت إليك، وفوضت إليك أمر أموالي وأولادي، وأسندت أمرهم إليك، أو أقمتُك مقامي، ونحو ذلك، وإطلاق لفظ الوصية يتناول النوعين وجميع الحقوق، والتخصيص يقتضي الإقتصار على المذكور، وأما إن أوصى بنوع، ولم يذكر أنه مقصور عليه، بل سَكَتَ: فرَوَى ابن القاسم التخصيص به، لأن الأصلَ: المنعُ حتى يتفق[1] الآذن، وقاله (ش). وروَى ابن عبد الحكم: إذا قال: أنت وصي[2] في هذا لأحد النوعين، أو لشيء ممّا يدخل تحت أحدهما، فهو[3] وصيه في كل شيء كما لو أُطلق، أمّا لو أوصى لأحد وصيين بأمر خاص، نحو قضاء (الدين، ولآخر بأمر خاص، نحو النظر في أم ولده[4]) فليس لأحدهما النظر فيما جعل للآخر إتفاقاً، لأن أحد الشخصين قد يصلح لما جعل له دون غيره، وقد عيّن غيره لغير[5] ما عيّن له، فكان كالعزل[6] عنه بخلاف الأول، وقال (ح): إذا أوصى بمخصوص عم، ولو نهاه عن غيره، ولو عيّن لوصيين[7] كل واحد نوعاً لكل واحد التصرف العام فيما بين صاحبه وغيره، ولو وصاه بدين بعضِ الأولاد عم نظره الأولاد ولا نصّ، فإنه لو وصى بردّ الودائع والغُصوب والعواري اختص، وأصل المسألة: أن الوصية هل هي وكالة تقبَل التجزئة أو خلافة وولاية فلا تتجزأ؟

---

(1) في (د): حتى يتحقق الاذن. ولعلّه الصواب.
(2) في (ي): وهي. وهو تحريف.
(3) (فهو) سقطت من (ي).
(4) ما بين القوسين سقط من (د).
(5) سقطت من (ي) وهي ضرورية.
(6) في (ي) كالعدل. وهو تصحيف.
(7) في (ي): لوصيتين.

لنا: قوله[1] تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَه بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّما إِثْمُهُ عَلَى الذِينَ يُبَدِّلُونَه﴾ وقياساً على الوكالة في الحياة، لأنه يملك التزويج بالوصية ولا يملك بالخلافة، فدلّ على أنها وكالة لا خلافة وإمامة، وقياساً على ولاية الحكم إذا خصصت إختصت. **إحتجّوا** على أنها ولاية لا نيابة: إن النيابة تختصّ بما يملكه المستنيب، فكيف لا يملك التصرّف، ولهذا إذا جنّ الموكل بطلت الوكالة لعدم أهلية الموكِّل، ولأن الوكالة لا تعتبر فيها العدالة بخلافها، فتكون ولاية لا نيابة، ولأن الوصي يتعذّر عزلُه إلاّ بالخيانة، والوكيل يعزل مطلقاً، ولو جُنَّ الوصي لا ينعزل بخلاف الوكيل، ولأنها لا تثبت إلاّ عَلَى عاجز بخلاف الوكالة، ولأنّه يملك أن يوكل بخلاف الوكيل، ولأن الشرع لو نصَّ على شيء وسكت عمّا عداه عَمَّ، فكذلك ها هنا، ولأنه تصرّف بولاية، فلا تختصّ كالأب، ولأنه يستفاد من الموت فلا يتجزأ كالميراث، ولأن قوله[2]: أنتَ وصيي، يعم[3]، فقوله في قضاء دَيْني: تأكيد[4].

والجواب عن الأول: أن الموت لا ينافي صحة الإذن ونفوذ التصرّف، كقوله: أنت حرّ بعد موتي إن دخلت الدار، يعتق، والفقه: أن التصرّف المعلّق قبل[5] الموت لا ينافيه الموت بخلاف المعلّق على الحياة، ولا تزول ولاية الميت إلاّ فيما لم يستبقه، أما ما استبقاه فلا، وإن قال: أعتقوا عني هذا بقي على ملكه بعد الموت حتى يعتق. **وعن الثاني:** أنها ثابتة في حق الغير، والنيابة في حق الغير تشترط فيها العدالة. **وعن الثالث:** أنه تبطل بالقاضي يعزل بغير جناية، ثم الفرق: أن الميت يتعذّر منه العزل بخلاف الموت.

الركن الرابع: أن الوصي ليس نائباً عن الطفل، والوكالة تكون على العاجز

---

(1) (البقرة: 181).

(2) في (د): ولا بقوله.

(3) في (ي): فَعَم.

(4) في (د): بالبر. وهو تحريف.

(5) في (ي): على.

والجماد[1].

وعن الخامس: أن للوكيل أن يُوَكل فيما لا يتولاّه بنفسه وها هنا هو عاجز بعد الموت فيوصي.

وعن السادس: أن الشرع إذا نهى عن شيء لا يندرج فيما أذن فيه، وأنتم تقولون ها هنا فحديث الشرع حجّة عليكم.

وعن السابع: أن تصرّف الأب بالولاية، وشأنها: عدمُ الإختصاص كالخلافة والإمامة العظمى والوصية (ولاية خاصة . . . . تخصيص فيه كصيغة الإطلاق في الوصية)[2] والنزاع في التخصيص.

وعن السابع[3]: انه لو قال: أنت وصيي في كذا، ولستَ وصيي في كذا عَمَّ ثم ينتقض ذلك بالوكالة فإنها لا تعلم مع وجود غير ما ذكرتموه.

فرع

في الكتاب: فلان وصيي على كذا لشيء عينه، إختصَّ بما سمّاه، أو على قبض ديوني وبيع تركتي، أحب إليَّ أن لا يزوّج بناته حتى يرفع للسلطان، فإن لم يرفع رَجوتُ أن يجوز، ولو قال: فلان وصيي حتى يقدم فلان فيكون وصيي، جاز، قال صاحب **النكت**: إن قدم فلم يرضَ أو مات في غيبته بقي الأول على وصيته، لأنه مُغيًا بغاية لم تحصل، قال التونسي: الأمر كذلك في الموت، أما إن قدم فلم يقبل: فظاهر الأمر[4] سقوط الوصية لإيقافه[5] على الغيبة، وقد قدم[6] إلاّ أن يكون المفهوم: إذا قدم وقَبِل، قال اللخمي: قال أشهب: إذا مات في غيبته لا وصية

---

(1) كذا في (د) والكلمة مطموسة في (ي).

(2) ما بين القوسين من (د)، وهو في (ي) مطموس لم نستطع قراءته الا ما أثبتنا.

(3) كذا في النسختين، ويلاحظ أن السابع مر.

(4) في (د): اللفظ.

(5) لعلّ اللفظ هكذا فالقراءة تقديرية لأن الكلمة لا تقرأ في الصورتين (د) و(ي).

(6) في (ي): وقد تقدم.

للحاضر، وينظر السلطان، لأنه مقتضى فعل الميت، قال ابن يونس: إذا قال: على قبض ديوني وبيع تركتي: قال أشهب: له أن يزوج ولا يرفع للسلطان، لأن الناس إنما يقصدون بهذه الألفاظ التنبيه على أصل الوصية لا سيّما وهي تقع في الأمراض وأوقات الضرورات، المانعة من استيفاء العبارات، قال مالك: لو أوصى بميراث ابنته فلانة الصغيرة أن يرفع إليه، له تولّى[1] بضعها وحَسن رفعُه للإمام.

(1) في (ي): أن يرفع اليه له تولى وحسن رفعه الى الإمام. وفي الكلام شيء.

الباب الثاني
في
الأحكام

وفي **الكتاب**: يجوز للوصي أن يوصي غيره عند موته ويكون بمنزلته في النكاح وغيره، وقاله (ح) وقال (ش): ليس له أن يوصي كما لا يوكل الوكيل ولا يودع المودع ولا يقارض المقارض، وجوابه: أن المفوض في هذه الصوَر لم يوص[1] بغير الأول[2]، وفي الوصية فوض[3] إليه مطلقاً، ثم الفرق: أن في تلك الصور أن[4] المفوّض حيّ يمكنُه نيابة الغير بحسن نظره، فلا ينفذ نظر غيره، وهو ها هنا ميت عديم النظر، فلو لم يثبت نظر الموصى من قبله لضاعت[5] المصالح، وله[6] أن يقدم في مصالحه عموماً فتكون له النيابة كالإمام، بل ها هنا أولى لأنه موصى من جهة الموصي. قال يحيى بن سعيد: فإن كانوا ثلاثة فأوصى أحدهم عند موته بما أوصى به إليه لغير شريكيْهِ[7] في الوصية جاز لما تقدّم، وأباه سحنون لأنه استقلال بالتصرّف، ومقتضى الشركة عدمه، قال ابن يونس: قال سحنون: لا يوصي أحدهم لأحدٍ، بل للحاكم جعلُ رجل مع الوصيين بدل الميت أو يقرهما منفردين.

---

(1) في (د): لم يرضَ.

(2) في (ي): الأولى.

(3) في (د): يوصي.

(4) في (ي): . . تلك الصور المفوض حتى يمكنه. . . وهو مصحف.

(5) (لضاعت) سقطت من (ي) ولا بدّ منها.

(6) في (ي): وأما أنه. . . وهو تحريف.

(7) في (ي): شريكه.

فرع

في **الكتاب**: إذا قبل في حياة الموصي ليس له الرجوع بعد موته بخلاف الوكيل له عزل نفسه، لأن الموت يمنع من استدراك المصلحة، وقاسه (ش) على الوكيل، والفرق: ما ذكرناه، قال التونسي: له الرجوع ما لم يمت الموصي، وعن أشهب: ليس له وكأنه وهَب منافعه ونظره للأطفال للبلوغ والرشد. والواهب لا يرجع في هبته. قال ابن يونس: قال أشهب: ان قبلها بعد موت الموصي أو صدر منه ما يدل على رضاه كالبيع ونحوه لزمته، وإن امتنع من قَبولها في حياته وبعد مماته ليس له القَبول إلاّ أن ينصّه[1] السلطان لِحسن[2] نظره. قال أصبغ في الرجل يجعله السلطان ينظر لليتيم: ليس له العزل، عَزَل[3] ذلك السلطان أم لا، إلاّ أن يزيله السلطان على وجه النظر، وخالفه أشهب فإنها نيابة وليست وصية. قال ابن وهب: إذا أوصى لرجل بوصية وبما هو وصي فيه فقبل وصيته في نفسه دون ما هو وصي فيه، للإمام أن يلي امر الأول لعدم وصي، وقال أشهب[4]: يقبل الجميع أو يتركه لأن الجميع متعلّق بمن وصاه. قال اللخمي: ليس للوصي الرجوع إلاّ أن تطول مدة السفه بعد البلوغ، لأنه لم يلتزم النظر إلاّ إلى الوقت المعتاد. وفي **الجواهر**: الوصية عقد جائز قبل الموت لا بعده، فللموصي عزل الوَصي، وللوصي عزل نفسه بعد القَبول قبل الموت، وظاهر إطلاق عبد الوهاب وابن الجلاّب: منعُه من الرجوع بعد القَبول مطلقاً إلاّ أن يعجز أو يكون له عذر في تركها. وقال ابن القاسم: إن لم يقبلْها قبل الموت فله الرجوع، وخالفه أشهب. فَإن امتنع من القَبول قبل الموت وبعده فليس له بعد قبولها إلاّ أن يجعلها له السلطان لإعراضه عن العقد بالكلية فيفتقر إلى إنشاء إيجاب.

---

(1) في (ي): يقبضه.

(2) في (د): ولحسن.

(3) في (ي): ليس له العزل عن ذلك الاُ أن يزيله. . .

(4) في (د): أصبغ.

فرع

في **الكتاب**: يجوز قبول المسلم وصية الذمي إذا لم يكن في تركته خمرٌ أو خنزير، وأمن من إلزامه الجزية.

فرع

في **الكتاب**: ليس لأحد الوصيين بيعٌ ولا شراء ولا نكاح ولا غير ذلك دون صاحبه إلاّ أن يوكله، لأن الموصي لم يرض بنظر أحدهما. فإن اختلفا نظر السلطان، ولا يُقْسَمُ[1] المالُ بينهما لأنه خلاف نظر الموصي، ولكن عند أعدلهما، فإن استويا في العدالة: فعند أتقَاهُما، ولو اقتسما الصبيانَ فلا يأخذ كل واحد حصة صبيانه[2]، ولا يخاصم أحدهما غريماً[3] إلاّ مع صاحبه، فإن ادعى أحد على الميت وأُحدهما حَاضِرٌ خَاصَمه، ويقضى له، والغائب[4] على حجته للميت[5] إذا قدم. قال ابن يونس: قال عبد الملك: إذا اقتسما الوصية والمال ضمناه لِتَعدّيهما، فإن هلك ما بيد أحدهما ضمنه صاحبه حين أُسلمه إليه لتعديه. وقال أشهب: لا يضمناه لأن الموصي علم أنه لا بدّ أن يليه أحدهما، قال اللخمي: إذا تصرّف أحدهما وأراد الآخر ردّ فعله رفعه للسلطان. فإن رآه صواباً أمضاه وإلاّ فلا. فإن فات المشتري بالمبيع فعلى البائع الأقل من الثمن أو القيمة، وإن اشترى وفات البائع بالثمن فالسلعةُ له ويغرم الثمن، قال أشهب: الا في الشيء اليسير التافه الذي لا بدّ لليتيم منه مثل أن يبعثه أحدهما يشتري للآخر طعاماً وكسوة لليتيم، وما يضرّ به تأخيرُه، وعن مالك: إذا اختلفوا في المال طبع عليه وجعل على يد غيرهم لأنه قد يريد أحدهما لِعدالته والآخر لِكِفايته[6] والآخر لرأيه، وقال ابن زياد: أن تشاحوا إقتسموه

---

(1) في (د): ينقسم.

(2) في (ي): حصته وصبيانه.

(3) في (ي): غريم. وهو لحن.

(4) في (ي): وللغائب.

(5) (للميت) سقطت من (ي).

(6) في (ي): لكفالته.

لأنهم أولى من الأجنبي، وإن مات أحدهما من غير وصية لم يكن للحي التصرّف وحده، وينظر السلطان إما لغيره أو يشرك معه غيره، فإن مات عن وصية وجعل معه لغيره النظر للحي وحده، ورضي الحي بذلك، جاز، وكذلك إن أقام آخر معه ووافقه عليه الحي جاز من غير مؤامرة حاكم، وإن خالفه رفع للسلطان فيثبته معه، وإن كره أو يعزله ويقيم غيره، أو يقره وحده إن رضي الحي لأنه يقول: لم[1] ألتزم النظر وحدي، وكذلك ان مرض أحدهما أو سافر لم يلزم الآخر النظر وحده، ويحرم اجتماع رأيهما على نظر هذا وحده، أو على آخر يكون مع المقيم أو الصحيح، فإن رأى ذلك المسافر وحده أو المريض، وخالفه الآخر نظر السلطان، وكذلك إن لم ينظر المسافر أو المريض[2] في شيء من ذلك فَعَلَى الآخر الرفع إلى السلطان، وفي **الجواهر**: إذا أوصى لرجلين نزل[3] الإطلاق على التعاون، إلاّ إذا صرح بالإستقلال، وإذا لم يثبت الإستقلال فمات أحدهما استقل الآخر، إلاّ أن يخشى عجزه فيقام معه غيره، وكذلك إذا لم يكن ظاهر[4] العدالة استظهر معه بغيره، وإذا أوصيا جميعاً عند الموت إليهما صحّ، ومهما اختلفا في التصرّف أو حطّ المال تولى الحاكم المتنازع فيه.

فرع

في **الكتاب**: لا يبيع الوصي عقار اليتامى ولا العبد الذي يحسن القيام بهم إلاّ أن يكون لبيع العقار وجه نحو الغبطة في الثمن أو لا كفاية في غلته أو حاجة للنفقة، ولا يشتري لنفسه من تركة الميت، ولا يوصي في ذلك للتهمة في المحاباة، فإن فعل تعقبه الإمام، وأرخص مالك في حمارين من حمر الأعراب قيمتهما ثلاثة دنانير اجتهد فيها، له أخذهما بالعطاء لقلة الثمن، قال صاحب **التنبيهات**: قوله: إذا

---

(1) في (ي): له.

(2) (أو المريض) سقطت من (ي).

(3) في (د): ترك.

(4) في (ي): . . اذا لم تكن ظهرت العدالة استظهرت معه. . . وهو مصحف.

اشترى لنفسه نظر السلطان، ظاهره: ينظر الآن، فإن لم يكن فيه فضل نظر يوم البيع بالقيمة والسداد، وقال عبد الملك: ينظر فيه يوم الشراء، قال ابن يونس: لا يباع الرِّبع إلاّ في ثلاثة أوجُه: ديْن على الميت، أو حاجة لهم، أو خوف الخراب، لأن العقار مأمون ينتفع به على وجه الأبد، فتبديله بالنقد مفسدة، وقال بعض أصحابنا: للأب بيعُ عقار ابنه الصغير بخلاف الوصي لمزيد الشفقة، كما يزوج الصغير دون غيره، ولا يهب الوصي رَبعَ الصبي للثواب لأنه بيع، ولأنه لو فات عند الموهوب لم تكن عليه إلاّ القيمة، وللأب هبة مال ولده للثواب لما تقدم، قال ابن يونس: الوصي العدل كالأب يجوز له ما يجوز للأب، لأنه خليفته، ولا يبيع الأب العقار إلاّ على وجه نظر[1]. قال ابن بشير: لا يُوَكِّل الحاكم مَن يبيع مال اليتيم إلاّ بعد ثبوت سبعة شروط: يُتْمه ، وانه ناظر، وحاجته ، وأنها لا تندفع إلاّ بالبيع، وأنه ملك اليتيم لم يخرج عن يده، وأن المبيع أحق ما بيع[2] عليه، وحصول السداد في الثمن. وليس للوصي بيع عقار اليتيم إلاّ لأحد ستة أوجه: الحاجة، والغبطة في الثمن الكثير، أو بيعه لمن يعود عليه بنفع، أو له شقص في دار لا تحمل القسمة فدعاه شركاؤه إلى البيع، أو دار واهية، ولا يكون له ما يقوم به، أو له دار بين أهل الذمة، قال اللخمي: ينفق الوصي بحسب كثرة المال وقلته، ولا يضيق على من ماله كثير، بل نفقة مثله وكسوته، ويوسع عليه في الأعياد، ويضحي عنه من ماله إلاّ أن يضر ذلك بماله، وينفق عليه في ختانه وعرسه، ولا حرج على من دُعي فأكل، لأن هذه الأمور تصرف الرشاد، والحاجة داعية إليها عادة وشرعاً، ويضمن ما انفق في ذلك وغيره من الألفاظ، ويجوز أن يدفع له من النفقة نحو الشهر، فإن خيف منه الإتلاف فيوم بيوم، ويجوز أن يتجر له، وليس عليه ذلك. لقوله تعالى: ﴿**وَلاَ تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ**﴾[3] مفهومُه: أن ما ليس بأحسن لا يجوز، وما هو أحسن يجوز، وله إعطاء ماله قِراضاً لأنه من سداد العقلاء، وان

---

(1) في (ي): الا على وجه نظر كالوصي.

(2) في (ي): ما يباع عليه.

(3) (الأنعام: 152).

يسلم له ويُداين، ولا يسلف ماله لأنه معروف لا تنمية فيه إلاّ أن يتجر له فيسلف اليسير ممّا يحتاج إليه مع الناس، وله السلف إذا رأى ذلك نظراً لتغير السوق فيما يباع له، أو نحو ذلك. وتكون المداينة معلقة بعين ذلك المال، قال ابن يونس: قال مالك: ويحج به قبل البلوغ لأنه تحصيل أجور مطلوبة للعقلاء، وله أحجاجهم بعد حجة الإسلام بعد بلوغهم، ويزكى مال اليتيم، ويخرج عنه وعن عبده زكاة الفطر، ويضحي عنه، قال أبو محمد: وهذا إذا أمن أن يتعقب بأمر من اختلاف الناس، وفي **الجواهر**: له إبضاع مال اليتيم بَراً وبحراً، ومنع أشهب أن يكون هو عَامِلَ قياساً على بيعه من نفسه بجامع التهمة، وأجازه غيره بما يشبه قراض مثله كشرائه له، وكل ما فعله على وجه النظر جاز، أو على غير وجه النظر لا يجوز، وينبغي أن يشتري ممّا تحت يده شيئاً للتهمة. إلاّ أن يكون البيعُ في ذلك بيع السلطان في ملك[1] الناس، وقال ابن عبد الحكَم: لا يشتري ويدس من يشتري إذا لم يعلم أنه من قبله، ومنعه ابن القاسم في **الكتاب** إلاّ بإذن الإمام، ولا يقسم على الكبار إذا كانوا أغنياء حتى يأتي السلطان لاحتمال التلف[2]. وأجازه أشهب في غيبتهم[3] ورده سحنون، قال ابن القاسم: ولا ينبغي أن يقسم على الأطفال، ولكن يأتي السلطان فيقسم عليهم، فإن لم يأته وفعل جاز إذا عَدَل[4]، وإذا قضى بعض الغرماء من التركة، وبقي ما يفي ببقية الدين جاز، فإن تلف باقي المال فلا شيء لباقي الغرماء عليه ولا عَلَى الذين أخذوه، فإن قضى الغرماء جميع المال ثم أتى غريم وكان عالماً به أو كان الميت موصوفاً بالدِّين ضمن ما كان يحصل له في المحاصة لتفريطه. ويرجع على الَّذِينَ اقتسموا، وإذا لم يكن عالماً ولا الميت[5] موصوفاً بالدِّين فلا شيء عليه، (ومتى دفع الدين بغير اشهاد ضمن، فإن شهد وطال الزمان

---

(1) في (ي): مال.

(2) في (ي): السفه.

(3) في (د): في غنيّهم.

(4) في (د): عقد.

(5) في (ي): ولا ثم ميت موصوف.

حتى مات الشهود فلا شيء عليه)[1].

نظائر: قال العبدي: يعتبر اليسير في نيف وعشرين مسألة: هبة الوصي من مال اليتيم إذا كان نظراً، والعبد من ماله، والغرر في البيع، وفي العمل في الصلاة، والنجاسة تقع في الإناء على الخلاف، وفي الطعام، وفي الماء اليسير ولم يتغير، وفي نصاب الزكاة لا يمنع وجوبها، وفي الضحك في الصلاة، ونقصان سببها، وفي المرض لا يمنع التصرّف وفي العيب لا يرد به، وكذلك إن حدث عند المشتري لا يرده إذا رد، وإذا زاده الوكيل على ما أمر به لزم الأمر، وإذا زاده أحد الشركاء على صاحبه لا تفيد الشركة سوى الأموال والأعمال، وإذا كان التفاوتُ بين السكّتين[2] يسيراً لا تمنع الشركة، وينفذ شراء السفيه اليسير لنفسه، ويقرأ الجنُب[3] اليسيرَ ويكتب يسير القرآن إلى العدو، ويقرأ المصلي كتاباً في الصلاة ليس قرآناً إذا لم ينطق به، وكذلك انصاته للمخبر في الصلاة، وفي بدل الناقص بالوازن، وفيما إذا باع سلعة بدينار إلا درهمين إلى أجَل، وفي الصرف[4] في المتجر، ووصي الأم يصحّ فيه دون الكثير، ويغتفر عند انفصال الشريكين إذا بقي ثوب على أحدهما يسير القيمة، وكذلك عامل القراض، والزوج تجب عليه الكسوة إذا كان بقي على المرأة يسير الثمن، ويشترط على المغارس[5] العمل اليسير دون الكثير، وكذلك المساقي وعامل القراض على رَب المال، وفي الأخذ من طريق المسلمين إذا لم يضر، ويترك للمفلس من ماله نحو نفقة الشهر.

فرع

في البيان: قال ابن وهب: يَكسر الوصيُّ الشطرنج ويبيعها حطباً إن كان السلطان عالماً وإن خاف[6] شاوره.

---

(1) ما بين القوسين سقط من (د).
(2) في (ي): الشريكين بيسير.
(3) في (د): الحديث. وهو تصحيف.
(4) في (ي): وفي الضرب في المسجد.
(5) في (ي): العامل.
(6) في (ي): وان خاف منه وشاوره.

فرع

قال: قال ابن القاسم: إذا أنفقت التركة على الأيتام ثم طرأ دَيْن ولهم مال آخر ورثوه من أمهم، لا يؤخذ منهم شيء، لأنهم لم يتعدوا. قال أصبغ: تفض[1] النفقة كالمال فتسقط حصة مال أبيهم[2]، لأن السنة ان ينفق عليهم فيما أنفق عليهم في جميع أموالهم، وفيها أربعة أقوال: قول ابن القاسم المتقدّم وهو السقوط مطلقاً، ويرجع عليهم فيما أنفق الوصي[3] من التركة لأن الميراث بعد الديْن، ويتبعون[4] به دَيناً في الذمة إن لم يكن لهم مال، قاله المخزومي، ومن التركة إن كان لهم مال وإلاّ فلا. وقول أصبغ المتقدّم وقول ابن القاسم مبني على أن الديْن لا يتعيّن في التركة بل في الذمة، وقول المخزومي على أنه متعيّن، والآخران استحسان.

فرع

في **الكتاب**: لِلوَصيّ تسليف الأيتام، ويرجع عليهم إن كان لهم يوم السلف عَرض أو عَقار، ثم يبيع ويستوفي، وإن لم يكن لهم مال وقال: أتسلف[5] وأرجع إذا أفادوا مالاً فليس له ذلك، ونفقته[6] حسبة لا يرجع بها وإن أفادوا مالاً.

فرع

قال: قال ابن دينار: إذا اشترى الوصي بمال اليتامى منزلاً لهم ثم يموت فيقول الذكور: يُقسم للذكر مثل حظ الأنثيين، وكذلك أشتري لنا، ويقول الإناث سواء، وجهل الحال: أن أشتري لهم من عَرض أموالهم صدق الإناث، لأن الأصل: عدم التفاضل، أو بجميع المال، صُدق الذكور لأنهم كذلك ورثوه، وإن كان الوصي حيّاً قُبل قولُه بينهم لأنه المباشر الأمين، وقد يتسلف من مال أحد

---

(1) في (ي): بعض.

(2) في (ي): اليتيم.

(3) (الوصي) سقطت من (ي).

(4) في (ي): ويبيعون. وهو تصحيف.

(5) في (ي): أسلف.

(6) في (د): ونفقتهم. وهو خطأ.

الفريقين للآخر، وذكر ابن زَرب خمسة أقوال كالخلاف فيمن أُوصى لِحمل[1] فولدت ذكراً وأنثى نصفين بحسب الميراث، سبعة أسهم، للأُنثى ثلاثة، وللذكر أربعة، لأن أقصى ما يكون للذكر الثلثان وللأنثى النصف. وخمسة أُسهم، للذكر ثلاثة، لأنه أُقل ما يمكن أن يكون لكل واحد منهما، يكون له ثلاثة من ستة، ولها إثنان من ستة، ويقتسمان السادس نصفين على سبيل التداعي، إن ادعيا العلم أو الظن أو أحدهما، وهذا الخلاف إنما يحسن إذا جهلت كيفية الشراء، أما لو ادَّعَى كل واحد الشراء على دعواه فلا يحسن إلاّ قولان: يقسم اسباعاً بعد أيْمانهما: لمدعي الثلثين أربعة، وهو المشهور لمالك، أو للذكر النصف لأنها لا تنازع فيه، ولها الثلث لعدم المنازعة فيه، ويقتسمان السدس نصفين بعد أيْمانهما وهو المشهور عن ابن القاسم.

فرع

قال: إذا كان الوصي وارثاً فللورثة النظر معه خشية أن تكون وصية لوارث، ومتى كان غيرَ وارث فليس لهم ذلك إلاّ فيما تبقى عُلقتُه للوارث[2] كالولاء في العتق فقد يرث من لا ولاَء له كالبنات والأخوات والزوجات والأمهات والجدات، ويكون الولاء لمن ينجر إليه الولاء كان وارثاً أم لا، ويلحق بالعتق: الإخدام والتعمير والحبس، فحق الأولين لِجميع الورثة، لأن المرجع إليهم، وحق الحبس لأقرب الناس بالمحبِّس، لأنه الذي يَرجع إليه الحبُس على ما تقدّم تفصيله في كتاب[3] الحبس، وهذا في الوصي المأمون، أما غيره فيكشف عن الوصايا كلها.

فرع

قال: إذا قال المُوصي[4]: إجعلْ وصيتي حيث شئت فَلَهُ جعلُها في اقارب نفسه

---

(1) في (ي): بحمل. وهو خطأ.
(2) في (ي): للورثة.
(3) في (ي): باب.
(4) في (ي): الوصي. وهو تصحيف.

دون ذرية المُوصي لئلا تكون وصية لوارث، فإن فعل ذلك قال مالك: ترجع ميراثاً، ولا يجبره الإمام على جعلها في وجه آخر لأنه خيره.

فرع

قال: قال مالك: إذا أوصى له بولده وترك ثلاثمائة دينار فصارت ستمائة بالتجر، ثم ظهر ديْن ألف: يدفع الستمائة في الديْن، لأن الوصي لو أنفقها قبل لم يضمنه، ولو كان الورثة كباراً غير مولى عليهم فلَهم النماء وعليهم النقصان، وكذلك ما غابوا عليه من العين لأنهم ضامنون بخلاف الوصي، ولا يضمنون الحيوان كالرهان والعواري. وقال المخزومي: النماء للأيتام والضمان عليهم كالمترُوك عيناً أو عرضاً لظهور التعدّي، وفرق عبد الملك بين العين فيضمنون وبين العَرض فلا يضمنون، والخلاف ينبني على الخلاف في الديْن الطاريء هل هو في عين التركة أم لا؟.

فرع

قال: قال مالك: أوصى أن يجعل ثلثه حيث يراه الله فيجعله في وجه[1] فله الأخذ إن اتصف بصفة ذاك الوجه، لأنه من جُملتهم، وليس له الأخذ إن اتصف بغيرها لأنه أداه اجتهادها إليه فتعيّن، فليس له العدول عنه إلى غيره، وإن كان الوصي وارثاً فلا يصرف شيئاً حتى يعلم (الورثة ويحصرهم.

فرع

قال: قال مالك: إذا وجد الصبي في التركة خمراً فلا يكسرها حتى يعلم[2]) الإمام، لأنها مسألة اجتهاد في التخليل، أما الخنزير فيقتله بغير إذن الإمام لأنها مسألة اجتهاد في التخليل، أما الخنزير فيقتله بغير اذن الإمام، لأنه يقتل اجماعاً، وقيل: يخلل الخمر.

---

(1) في (ي): في وجه مرة.

(2) ما بين القوسين سقط من (د).

فرع

قال: قال مالك: لا يثبت الإيصاء بالشاهد واليمين والوكالة وشاهد الفرع، وكذلك لا تثبت هذه الثلاثة بامرأتين ورجل.

نظائر: قال العبدي: الذي لا يثبت بالشاهد واليمين ثلاثة عشر: النكاح، والطلاق، والعتق، والولاء، والأحباس، والوصايا لغير المعين، وهلال رمضان، وذي الحجة، والموت، والقذف، والإيصاء، ونقل الشهادة، وترشيد السفيه، والتي تثبت بالشاهد واليمين أربعة: الأموال والخلطة والكفالة والقصاص في جراح العمد. والتي اختلف فيها هل تثبت بها أم لا خمسة: الوكالة ونكاح امرأة قد ماتت، ونسب الرجل إذا مات، وثبوت مال الرجل على ولائه، والتجريح والتعديل.

فرع

في **الكتاب**: لا يبيع الوصي على الأصاغر التركة إلاّ بحضرة الأكابر لتعلق حقهم، فإن بعدت غيبتهم والتركة عرض أو حيوان رفعه للإمام فيأمر من يلي معه البيع، لأنه وكيل الغائبين.

فرع

في **الكتاب**: لا يؤخر الوصي الغريم بالديْن إن كان الورثة كباراً لأنه مِن نَوْع[1] التبرّع كالقرض، ويجوز إن كانوا صغاراً على وجه النظر، ومنع ذلك غيره مطلقاً لما تقدّم، ولأن ذمة الغريم قد تخرّب. قال صاحب **النكت**. قال بعض القرويين: إنما يكون له تأخير الغريم[2] الحالف والورثة صغار[3] إذا كان على وجه النظر مثل أن يكون الحالف لا بَيّنَةَ عليه يخاف جَحده، أو كثير الدين إن طلب[4]

---

(1) في (د): وقوع. وهو تحريف.

(2) في (ي): الغرماء والحالف.

(3) في (ي): والورثة صغار كبيراً اذا كان. .

(4) في (ي): أو طلبه.

قام غرماؤه ووقع الحصاص. وإذا أخّره رَجَا أخذ جملة الديْن. فإن أخّره لحلفه[1] فقط امتنع، ولا يبْرأ بذلك الحالف، فإن لم يكن لهم فيه منفعة ولا ضرر بر، وكذلك إذا كان التأخير مختلفاً فيه هل فيه حسن نظر أم لا فيجوز، قاله محمد وشيوخنا. قال ابن يونس: قال يحيى: لا يجوز تأخير الغرماء إلاّ أن يبرؤا ذمة الميت ويتبعوا غريمه. قال ابو محمد: وإنما يجوز تأخير الوصي للحالف: لأقضينك[2] إن تؤخرني، إذا كان الورثة صغاراً، ويبرأ الحالف بذلك وهو نظر للصغار، وللوصي البيعُ بالديْن ويحتال بديْن اليتيم للمصلحة، ولا يأكل من مال اليتيم إلاّ أن يُصيبَ من اللبن أو التمر. قال مالك: وغيْر ذلك يكره، وقيل: إن كان مشغولاً بماله فليأكل بقدر عمله إن كان محتاجاً والترك خير، وللأب أن يأكل من مال ولده ما يحكم له به، ولا يركب دابة اليتيم ولا يسلف ماله.

فرع

قال ابن يونس: إذا أوصى أن يجعل ثلثه حيث شاء فأعطاه لابنه وأقاربه كما يعطى الناس جاز، وأكره[3] أن يأخذ لنفسه، قاله ابن القاسم، وقال مالك: لا يأخذ وإن كان محتاجاً، بخلاف ولده المحتاج، لأن قرينة الخطاب بخروجه دون غيره. قال مالك: ولا يعطى أقارب الميت إلاّ كما يعطى الناس لئلا يكون وصية لوارث، فإن صرف الميت إلى اقاربه او أخوته فلم يُجز الورثة رَجَع ميراثاً، فإن أوصاه بصرفه في أفضلِ ما يراه وأقربه إلى الله تعالى: قال أصبغ: يتصدّق به. وقال مالك: الصدقة أفضل من العتق، والعتق أفضل من الحج إن كان صرورة. قال اللخمي: إذا قال: ثلثي يجعل حيث يرى زيد فمات زيد قبل انفاذ ذلك: أقام الحاكم مَن يرضاه يَضَعه حيث يرى.

---

(1) في (ي): يحلفه.

(2) في (د): الاُّ أن تؤخرني.

(3) في (د): وابوه. وهو تحريف.

فرع

قال اللخمي: يُعزل الوصي إذا اطلع منه على خيانة أو بَلَهٍ أو تفريط. أما العجز لكثرة المال[1] فيقوى، فإن كانت امرأة فتزوجت لا تنزع بنفس التزويج ويكشف عن حالها وحال الزوج والمال والأيتام، قال مالك: إن عزلت الولد في بيت وأقامت[2] لهم بما يصلحهم فهي أولى، فإن امتنعت نُزِعوا منها، ولو قال الميت: إن تزوجتْ فانزعوهم فتزوجت، لم ينزعوا منها لأنه لم يقل: فلا وصية لها، قال ابن القاسم: والمال إن كان يسيراً وهي مستورة الحال لم ينزع منها، أو كثيراً وهي مقلة يخاف منها أُخذ منها وهي على الوصية على كل حال إلاّ إن كانت مأمونة بارزة ويؤمن على المال عندها في تزويجها في الحزم والدين والستر فيقرّ في يدها. وإن كانت على غير ذلك انتزع ووقف على يد عدل وتبقى وصية، ويراعى حال الزوج فليس الموسر كالفقير ولا المعروف بالنزاهة كغيره.

فرع

في **الكتاب**: إذا شهد الوارثان أن أباهما أوصى لفلان جاز، قال غيره: إذا لم يَجُرا بذلك نفعاً لأنفسهما وإلاّ فَلاَ، وإن شهد امرأتان ورجل على الموت: فإن لم يكن للميت زوجة ولا أوصى بعتق عبيده وليس إلاّ قسمة المال جاز ذلك، لأن القاعدة: أن الشهادة على أحكام الأبدان إذا كان مقصودُها الأموال على[3] المذهب. وقال غيره: لا تجوز لأن الموت حكم بدني، قال صاحب **التنبيهات**: معناه: أن الموت ثبت بشهادة غيرهم، وإنما شهدوا بالموارثة، قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إذا أقر وارث بوصية لرجل حلف معه إن كان عدلاً وأخذها، وإلاّ أخذ من حصة المقرّ ما ينوبه إن كان غير مولى عليه. وكذلك إقراره: أن هذا وديعة عند موروثه، فإن أقرّ عدل وعليه من الديْن ما يغترق ماله فأنكر غرماؤه الوصية إن كان

---

(1) في (ي): لكثره في المال.

(2) كذا في النسختين. ولعلّها: وقامت.

(3) كذا في النسختين، ويلاحظ سقوط خبر(ان) الذي هو الجواب، ولعلّه: جائزة.

إقراره قبل القيام عليه بالدَّيْن: جاز لعدم الحجر، وكذلك إقراره بالوديعة.

فرع[1]

في **الكتاب**: أوصى لأم ولده بشرط عدم الزواج فإن تَزَوجتْ عُزِلت، وكذلك إن أوصى لها بألْف على أن لا تتزوج فتزوجت، تردها. قال[2] صاحب **التنبيهات** على ما في **السليمانية**: لا يجوز أن يوصي لها على أن لا تتزوج، لأنه بيع وسلَف، وإذا شرط: إن تزوجت سقط إيصاؤها: يسقط بالعقد دون الدخول، لأنه زواج، قال صاحب **النكت**: إذا باعت أو أعتقت رجع عليها بالقيمة كالزوجة تفعل ذلك، ثم يطلقها قبل البناء، وقيل الثمن وإن ضاع بأمر من الله تعالى لم يضمنه. قال التونسي: لم يجعل الإيصاء بالألف بيعاً وسلفاً لأنها تنتفع بالمال عوض امتناعها من الزواج، ومتى شاءت تزوجت وَرَدت.

فرع

في **الكتاب**: إذا قال الوصي دفعت للأيتام أموالهم بعد البلوغ والرشد، لم يصدق إلاّ ببينة، لأن اللّه تعالى لم يجعله أميناً على الدفع بل على الحفظ فقط لقوله[3] تعالى: ﴿**فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِم أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِم**﴾ فلو كان أميناً لا يستغني عن البينة، ولأنه دفع إلى غير من ائتمنه وهو الوارث، ويصدق في الإنفاق على مَن كان في حجره فيما يشبه، لأنه أمين عليه، فإن ولَّى النفقةَ غيرَه لم يصدق في دفع النفقة إلى من يليهم إلاّ ببينة، لأنه ليس أميناً على الحاضن. قال ابن يونس: قال مالك: إذا طال الزمان بعد الرشد نحو عشرين سنة وهم مقيمون معه لا يطالبونه ولا يسألونه عن شيء: صدق مع يمينه، لأن العادة تصدقه. قال محمد: فإن كانوا عند غيره، أو هُم أغنياء وَرِبِيء يُنفق عليهم: صُدق في الزيادة اليسيرة دون السرف

---

(1) هذا الفرع سقط من (ي).

(2) هنا في (ي): فرع.

(3) (النساء: 6).

مع يمينه، فإن ادعى سَرَفاً حسب منه السداد، كما لو شهدت بالسرف بينةٌ، ووافقنا (ش) في عدم التصديق على الدفع بعد البلوغ، وصدقه. (ح) قياساً على تلف المال، ولأنه أمين، وقياساً على الإنفاق.

والجواب عن الأول: أنه أمين على الحفظ فائتمن على التلف لأنه فائدة الائتمان على الحفظ، وليس فائدةُ الحفظ الدفعَ لغير من ائتمنه.

والجواب عن الثاني: أن أمانته مقصورة على الحفظ بدليل الأمر بالإشهاد على الدفع.

والجواب عن الثالث: أنه في اللإنفاق متعذر بخلاف الدفع.

فرع

في **الجواهر**: إن نازعه[1] الولد في تاريخ موت الأب لأن به تكثر النفقة: صدق الصبيَ، لأن الأصل: عدم إنفاق ما يدعيه الوصي من النفقة، وإقامة البينة عليه ممكنة.

فرع

قال البصري في تعليقه: إذا كان الوصي عدلاً لا يفتقر تنفيذ وصيته إلى حكم حاكم، وجميع تصرفه صحيح، وقاله (ش) وقال (ح): إن لم يحكم حاكم فبيعه وشراؤه للصبي منقوض، ويقبل قوله في الإنفاق. **لنا**: القياس على النفقة ولأنه[2] يوكل بغير حاجة إلى الحاكم، فكذلك بيعُه.

---

(1) في (د): ان باعه. وهو تحريف.

(2) في (د): ولا يوكل.

كتاب القسمة

وأصلها: قوله[1] عليه السلام في الموطأ: (أَيُّما دَارٍ أو أرضٍ قُسمت في الجَاهِلِيّة فهي على قَسم الجَاهلية، وأيما دار أو أرض أدركها الإسلام فهي علَى قَسم الإسلام). وقوله[2] – عليه السلام –: (الشّفعةُ فيمَا لَم يُقسَم، فإذا وَقَعَت الحُدود وصرفت الطُرقُ فَلا شُفعة) في الصحيحين: (وقَسم عليه السلام الغنائم) وقال[3] تعالى: ﴿إِذَا حَضَرَ القِسْمَةَ أُولُوا القُرْبَى وَاليَتَامَى وَالمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُم مِنْهُ، وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلاً مَعْرُوفاً﴾، وقوله[4] تعالى: ﴿أَنَّ المَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُم، كُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٌ﴾. والإجماع على جوازها في الجملة. وفيه نظران:

النظر الأول: في الأركان، وهي ثلاثة:

الركن الأول: القاسم، وفي **الكتاب:** الحاكم يقاسم على الغائب مع الحاضر في جميع الأشياء، ويحوز نصيبه، بخلاف الدعوى عليه في ربعه كان الحاضر شريكاً أو موصى له، لأن للحاكم النظر في المصالح العامة، وصون[5] أموال الغائبين، ولا

(1) رواه مالك في (الموطأ) في القسمة، باب القضاء في قسم الأموال، عن ثور بن زيد الديلي أنه قال: بلغني الخ قال ابن عبد البر: تفرد بوصله ابراهيم بن طهمان – وهو ثقة – عن مالك عن ثور عن عكرمة عن ابن عباس، وروي مسنداً عن غير مالك من طرق. أنظر (التمهيد 48/2).

(2) رواه البخاري تحت أرقام: 6976-2496-2495-2257-2214-2213 . عن جابر، ورواه الشافعي بمعناه مرسلاً وموصولاً.

(3) (النساء: 8).

(4) (القمر: 28) وأولها: ونبئهم أن الماء . . .

(5) في (ي): ورضوانه وهو تصحيف.

يجوز[1] قسم صاحب الشرط لعدم ولايته على ذلك فهو كالأجنبي، قال ابن يونس: قال أشهب: يوكل القاضي في ذلك ولو بأجرة، لأنه قد تتوقف المصلحة عليه، وعن مالك: جواز قسم صاحب الشرط العدل، لأنه والٍ من حيث الجملة.

فرع

في **الكتاب**: يقاسِم على الصغير الأب والوصي كل شيء، ولا يقسم الوصي بين الصاغر حتى يرفعه للإمام فيراه نظراً لعظم الخطر في القسمة من غير ضرورة، فإن كان معهم أكابر استحب الرفع للإمام احتياطاً للصغار. فإن قاسم[2] الكبار دون الإمام جاز إذا اجتهد وأحضر الأصاغر أم لا لسلطان الأكابر على إقرار ملكهم مع عدم الضرر، ولو غاب أحد[3] الأكابر امتنع قسم الوصي عليه لأنه ليس تحت نظره، ولا يقسم للغائب إلاّ الإمامُ أو نائبُه، لأنه الناظر في الأمور العامة، ويجعله تحت يد أمين. في **التنبيهات**: في **الواضحة**: تجوز مقاسمة الوصي كالأب ولا مدخل للقاضي معه. وقال أشهب: إذا لم يدخل عليهم الوصي مرتفقاً لا يقسم، فإن فعل مضى، وفي **الكتاب**: مقاسمة الوصي للصغار مع الكبار تمضى على الإجتهاد كسائر تصرفاته، والأحسن: الرَّفعُ للقاضي فيبعث من يَقسِم، وقال في آخر الكتاب: يقسم الوصي على الصغار كل شيء، فقوله: على الصغار، ظاهره: أنه مع أجنبي لذكره أولَ المسألة إياهم مفردين، وقال ابن شبلون: مذهبه في **الكتاب** على ثلاثة أوجه: الصغار وحدهم لا يقسم بينهم إلاّ بأمر السلطان، أو معهم كبار استحب الإستئذان وإن لم يفعل مضى، أو مع أجنبي جاز القسم من غير استئذان.

فرع

في **الكتاب**: إذا قَسَم للصغير ابوه فحابَى امتنعت محاباته وهبته وصدقته في مال ابنه الصغير، لأن ماله معْصوم، وإنما جعل له النظر بالمصلحة لعجزه بالصغَر،

---

(1) في (ي): فلا يقسم صاحب . . .

(2) في (ي): فان قاسمهم.

(3) (أحد) سقطت من (ي).

ويرد ذلك بعينه، وإن كان صدقة، والأب موسر، فإن فات بيد المعطَى له وتلف: ضمنه الأب إن كان[1] موسراً يوم الخصام لأنه المتعدّي، ولا يرجع على الأجنبي لأنه التزم تمليكه، فإن كان مُعدماً رَجَع الولد على المعطي لتلَف المال تحت يده بغير سبب شرعي، فإن كان الأب والمعطي معدمين اتبع الولد أولهما يسراً بالقيمة لوجود السبب[2] من الوالد، ووضع اليد من الأجنبي، وهما سببا ضمان، ولا يرجع المؤدي منهما على صاحبه لأنه غرَم عن نفسه، ولو أيسر الأب أولاً لم يتركه الابن ويتبع الأجنبي، كما ليس له ذلك في يسارهما، لأنه المتعدي الأول. ولو أعتق الأب غلام ابنه الصغير موسراً يوم العتق جاز وعليه الثمن في ماله، لتشوف الشرع إلى العتق، وحمل تصرّفات العقلاء على الصحة ما أمكن، فكأنه اشتراه من ابنه للعِتق (ولأنه معاوضة حصلت له، ولأن العتق)[3] بخلاف الهبة والصدقة، فإن كان معسراً يوم العتق ردّ صَوناً للمال عن الضياع إلاّ أن يتطاول ذلك، وتتزوج الحرائر، وتجوز شهادته فيتبع الأب بالقيمة لأن ذلك مثل الفوات في البيع الفاسد. قال ابن يونس: أمضى ابن الماجشون الصدقة إن كان موسراً، ويغرم القيمة، ويرد إن كان معسراً، ورد العتق وإن طال لبطلان التصرف في أصله وعدم الرجوع للعتق[4] بخلاف الصدقة لتعلق حق الغير بها. وأمضى أصبغ ذلك كله وإن كان معسراً، ويتبع بالقيمة حملاً لتصرفه على الصحة بالضمان، والقاعدة المشهورة: حمل تصرّفات العقلاء على الصحة ما أمكن، لأنه ظاهر حالهم، وقولُه: اعتق غلام ابنه، يريد عن نفسه لا عن الصبي.

فرع

لا ينفذ قَسم وصي المرأة على ابنها، لأن وصيتها عليه باطلة فهو أجنبي. قال

---

(1) (ان كان) سقطت من (ي).

(2) في (ي): المتسبب من الولَد.

(3) ما بين القوسين سقط من (د).

(4) في (ي): للعين.

ابن يونس عن مالك: أيتام لا[1] وصي لهم ولهم أم أو عمة أو أخ رشيد أو غيره ممن احتسب فيهم من الأجنبيين فكفلهم بغير أمر سلطان: يجوز منه ما يجوز من الوصي من المقاسمة والبيع والتزويج والإنفاق[2] والتضحية[3] وحيازة الصدقة منه أو من غيره، وقاله ابن القاسم فيمن يلي اللقيط.

فرع

في **الكتاب:** يمتنع قسم الأب على ابنه الكبير وإن غاب لاستقلاله بنفسه، وأمر الغائب للإمام، لأنه الناظر في الأمور العامة لعموم سلطانه، ولا لأم على الصغير لعدم ولايتها عليه إلاّ أن تكون وصية، وَلاَ لِكافرٍ على ابنته البكر كما لا يزوجها، ويجوز قسم ملتقِط اللقيط لقوة سببه بالإلتقاط فهو إجبار كالإيجار[4] من الأب، بخلاف الأخ المكتشف لأخيه الصغير فإنه كالأجنبي، ولا الزوج لزوجته البكر لعدم الولاية. قال صاحب **التنبيهات:** قال سحنون: قوله في ملتقِط اللقيط والأخ خلاف عن مالك (وعن مالك)[5] يقسم الأخ لإخوته الأيتام فلا تكون أقواله[6] اختلافاً، بل الجواب فيهمَا واحد إذا كانت الصفة واحدة من وجود الحضانة وعدمها.

فرع

في **الكتاب:** تجوز أرزاق القضاة والعمال إذا عملوا على الحق، وما تعب فيه الإمام من أمور الناس: فالرزق فيه من بيت المال، لأنه معد للمصالح العامة، وأكره لقاسم القاضي والمغنم أجراً لأنه يفرض لهم من أموال الأيتام وسائر الناس، كما أكره

(1) في (ي): أيتام أوصى لهم. وهو تحريف.
(2) في (د): والإيقاف، ولعلّه الصواب.
(3) في (ي): والصحة.
(4) في (ي): كالإيجاد، ولعلّه الصواب.
(5) زيادة من (ي).
(6) في (ي): فلا يكون لقوله اختلافاً.

ارتزاقَ صاحب السوق من أموال الناس، ويجوز ارزاق القسام من بيت المال واستئجار الشركة أو أهل المغنم لهم، وقاله (ش) و(ح)، والأجرة على جميع مَن طَلب القَسم ومنَ أباه، وقاله (ش) وابن حنبل، وقال (ح): يختص الطالب لاختصاص الغرض والمصلحة.

وجوابه: أن لتبي يجب عليه تسليم ما اختلط بملكه من ملك الطالب، والتسليم يتوقف على القَسم، وما توقف عليه الواجب واجب، فتجب أجرة القسم، وكذلك أجرة كاتب الوثيقة. في **التنبيهات**: ذلك كله ثلاثة أقسام: يجوز من بيت المال، وتَحْرُم بقرض من أموال اليتامى والناس قسموا أم لا، وبه علّل في الكتاب، واستئجار مَن يحتاجهم من الناس جائز، وعنه الكراهة في كتاب ابن حبيب، ورأى الأفضلَ التبرعَ، وهو ظاهر **الكتاب** لقوله: وقد كان خَارجةُ ومجاهدُ يقسمان بغير أجر، وقد تكون كراهة لقسام الغنائم والقضاة من هذا، وأجرة الوثيقة على الرؤس، قاله في كتاب الأقضية، لأن ضبط القليل[1] والكثير مستو في الكتابة، وقال أصبغ: على قدر الأنصباء لأن الكتابة وسيلة، والوسائل تتبع المقاصد، وفي **الكتاب** منها على الموضوع على يديه المال، وعنه: ليس عليه شيء. قال سحنون: الجُعل عليه دونهم، لأن المنفعة له، ومعنى المسألة: إن كان فيها عمل الفريضة وحساب وقبض[2] يجب عليه وعليهم اتفاقاً، لأن المنفعة للجميع، ولولا عمل الحساب لم تحقق الأنصباء، وإن لم يكن إلاّ مجرد القبض فهذا موضع الخلاف، لمنفعة القابضين بالإشهاد أنه كان وديعة أو قراضاً حتى لا تتوجّه دعواه عليهم بعد ذلك، وانتفاعه بالإبراء، فكان على جميعهم، وعلى مذهب سحنون: لا يلتفت إلى منفعته بالإبراء. قال ابن يونس: قال ابن حبيب: إذا أرزق[3] القاسم من بيت المال حَرُمَ أخذه من المقسوم له كالقاضي المرتزق، ولأنه عمل وجب عليه

(1) في (ي): القيام.
(2) في (د): والقبض.
(3) في (ي): اذا رزق.

بالإرزاق، وأجرة الواجب حرام.

نظائر: قال ابو عمران: ستة مسائل تختصّ بالروُس دون الأنصباء: أجرة القاسم، وكنس المراحيض، وحارس أعدال المتاع، وبيوت الغَلات، وإجارة السقي على المشهور، وحارس الدابة، والصيد لا يعتبر فيه كثرة الكلاب، وثلاث مسائل تعتبر فيها الأنصباءُ: الشفعة، والفطرة عن العبد المشترك، والتقويم في العتق، وزاد العبدي في الأولى: كنس السواقي، ووافقنا الأئمة في القاسم، وللشافعية قولان، ومنشأ الخلاف: هل يلحق بالشفقة[1] على الملك وهي على الأنصباء اتفاقاً كالعمارة وغيرها؟، ولأن الأجرة قد تكون مائة درهم والأرض[2] لاثنين لأحدهما نصف ذراع فينوبه خمسون لعلّها أكثر من قيمة الذراع الذي ينوبه، أو يلاحظ الإستواء في العمل والحساب، وأن قلة النصيب توجب كثرة العمل، لأنها تقع على أقل السهام، وفي **الجواهر:** أجرة الوثيقة على الروُس الطالب لها والأبي. وقال اصبغ: على الحِصص.

فرع

في **الجواهر:** يكفي في القسم واحد، والأفضل: اثنان، واشترطهما أبو اسحاق، وللشافعية قولان، ومنشأ الخلاف: هل القاسم يجري مجرى الحاكم؟ وهو المشهور عندهم وعندنا، والحاكم يكفي منه واحد إجماعاً، أو يجري مجرى الشهادة. ولا بدّ فيها من العدد.

فرع

في **النوادر:** قال ابن حبيب: لا يأمر الحاكم بالقسم إلاّ من هو عنده مأمون بصير. وقال الشافعية وابن حنبل[3]: يشترط في منصوب الإمام: الحرية والعدالة

---

(1) في (د): الشفعة.

(2) في (ي): والأرض لا تبقى. وهو محرف.

(3) (وابن حنبل) سقطت من (د).

والتكليف والذكورة، لأنه حاكم وعلمه بالمساحة والحساب والتقويم، ولا يشترط في منصوب الشركاء: العدالة والحرية لأنه وكيل، ولم أرَ لأصحابنا ما يخالف هذا.
قال ابن حبيب في **النوادر**: وإذا أخبر الحاكم بما فعل قَبِلَه منه بغير بينة إذا رآه صواباً ينفذه على الصغير والغائب بقوله وحده، لأنه حاكم لنيابته عن الحاكم، ولا يَبعث مَن لا تُرضى حالُه، ويبعث معه من المرضيين مَن لا يدري صواب القسم، فإن شهادتهم على فعل لا يعلمون صوابَه فلا يسوغ تنفيذه، ولا ينبغي للقاضي أن يأمر القاسم المرضي بالإشهاد على القسم حتى يأتيه[1] مكتوباً وينظر فيه، فإن رآه صواباً سال الأكابر عن عمله، فإن عارضوا فيه بشيء نظر فيه وإلاّ أمضاه.

فرع

في **النوادر** عن مالك: إذا قسم بأمر القاضي فأنفذه القاضي أو أشهد به تجوز شهادة هذا القاسم بينهم إذا اختلفوا إن ذكر الحاكم أنه أمره بذلك وتكفي شهادته وحده، وقاله (ش)، وقال عبد الملك: وكذلك كلٌّ ما لا يباشره القاضي من الفعل كالإحلاف والكتابة والنظر للغائبين[2]، لأن فعل نائبه كفعله كانوا مرتزقين ام لا. قال ابن حبيب: فإن لم يكن الحاكم أمره وإنما أمره من خرج من الحكام أو الشركة امتنعت شهادتُه ولو مع غيره، وقاله (ش) لأنها على فعل نفسه، وسمع (ح) شهادته دون قوله، وقال ابن حنبل: تقبل شهادته إلاّ أن يكون تاجراً فتتأكد التهمة بتحصيل الأجرة وتنفذ[3] عن الحاكم، ويحتاج عندنا إلى اثنين غيره أن القاضي أمره أو ارتضاه الورثة وألزموا أنفسهم قَسمه[4] بعد القسم، وكذلك العاقد والمحلف ومن ذكر معهم، ولا تجوز شهادتهم عند غير الذي أمرهم لا وحدهم ولا مع غيرهم للتهمة في تصحيح افعالهم كما لا تجوز شهادة القاضي المعزول فيما يذكر أنه حكم به فلان، وهذا تفسير قول مالك وقال سحنون: تمتنع شهادة قاسمين وإن استنابهم الحاكم للتهمة.

---

(1) في (د): يأتي.
(2) في (د): للطالبين.
(3) في (ي): وتنفذ. دون نقط.
(4) في (ي): قسيمته.

فرع

قال الأبهري: يخير الإمام الشركة فيمن يقسم بينهم، ويقدم من يرضوه[1] إن كان رضي لأنه أصلح لذات البين وأقرب لمصلحتهم.

الركن الثاني: المقسوم، وفي **الكتاب:** يقسم العبيد إذا انقسموا وإن أباه بعضهم، والجذع والثوب الواحد والثوب الملفق من المعدني وغيره قطعتين والباب والمصرعان والخُفان والنعلان والرحى، لا ينقسم ذلك إلاّ بالتراضي لأن الإجبار على الفساد غير مشروع، والساعدان والساقان واليدان، والفص[2] واليوقوتة واللؤلؤة والخاتم لا يقسم هذا كله لما في تفريقه من الفساد، فإن اجتمع من كل صنف عدد يحتمل القسم قُسم كل صنف وحده، والغِرارتان إن كان قسمُهما فساداً لم يقسما وإلاّ قُسما، والخَرج والخبا[3] إذا أبى أحدهما قَسمه لم يقسم، والمحمل[4] إذا نقص قسمة ثمنه لم يقسم إلاّ بالتراضي، وتقسم الجبة وإن أبى أحدهما كالطعام، في **التنبيهات:** قوله في الجذع: لا يقسم. يعني: وإن احتمل القسم وانتفع به، وقيل: بل لأنه يحول عن حاله وإنما يكون القَسم فيما لا يحول، وإنما يقسم بالعدد والمقدار، وأما ما يتغير بالنقض والتفريق ويحول عن حاله فلا، إلاّ في الرِّباع والأرض، قاله أشهب: قال: ولو كان القطع يصلح للثوب والخشبة لم يقسمها[5] قال حمديس[6]: إلاّ أن تكون الخشبة نَخِرة[7] لا تصلح إلاّ للحطب فهذا لا يختلف فيه لعدم الفساد. قال ابن يونس: جوز أشهب قسم الخرج والحبل والساعدين ونحوهما على التراضي، والفص الكبير بالتراضي. قال اللخمي: إنما

---

(1) كذا في النسختين، والوجه: يرضونه.

(2) في (ي): والقصد صنف محدد يحتمل القسم قسم، هذا كلّه . . .

(3) كذا في (د) والكلمة سقطت من (ي) واستظهر بهامش (د) أنها: الحبل.

(4) كذا في (د) والكلمة سقطت من (ي).

(5) في (ي): لم يقتسما.

(6) في (ي): ابن حمديس.

(7) في (ي): خحره.

يصح قوله في الجذع والثوب والمصراعين والنعلين ونحو ذلك على أحد قوليه في منع قَسم الحمام، وعلى قوله بالجواز: تقسم ولا يراعى فساداً ولا نقصاً في الثمن ولا تعطيل الإستعمال، لأن فساد الحمام وانتقاله عن مقصوده أشد ومنعُ الجميع أحسن صوناً للمالية عن الضياع، وأما الياقوتة ونحوها فيمتنع وإن تراضوا، لأنه من إضاعة المال.

قاعدة: يمتنع القسم تَارةً بحق ا تعالى كالغَرر في مشروعية القُرعة في المتخلفات، فإن الضرر يعظم، أو الربا كقسم الثمار[1] بشرط التأخير إلى الطيب لِمَا يدخله من بيع الطعام بالطعام غيرَ معلوم التماثل، فإن القسمة[2] بيع أو نسيئة، فإن تباين الجنس الواحد بالجودة والرداءة ففي جوازه بالقرعة قولان، حكاهما اللخمي، أو لإضاعة المال كالياقوتة، وتارة بحق آدمي كقسم الدار اللطيفة والحمام والخشب والثوب والمصراعين، ولذلك يجوز بالتراضي، لأن للآدمي إسقاط حقه بخلاف حق اللّه تعالى، ومنع الأئمة قسم ما فيه ضرر، أو بغير نوع المقسوم، ومنع (ح) قسم الرقيق خلافاً لـ(ش) لأن منافعه مختلفة بالفعل وغيره، فلا يمكن فيه التعديل. **وجوابه:** لو امتنع تعديله لامتنع بيعُه وتقويمه في الإتلاف، لأنهما مبنيان على معرفة القيَم وليس كذلك، وفي **النوادر:** عن عبد الملك: لا يقسم حيوان ولا عرض بالقيمة، بل يباع ويقسم ثمنه، وعنه: الجواز.

فرع

في **الكتاب:** إذا دُعي أحدهما لقسم الثوب لم يقسم بل يتقاوماه وإلاّ بيع تحصيلاً لمقصود كل واحد منهما من ملكه بحسب الإمكان، فإذا استقرَّ على ثمن فلِمَن ابى البيع أخذه وإلاّ بيع.

---

(1) في (ي): فان الغرر يعظم أو الربا كشرط التأخير . . .

(2) في (ي): القسم.

فرع

تقسم الصبرة المغلوثة[1] بخلاف صُبرتَين مختلفتين للغرر في الغلث واختلافه في القسم، والقسم بيع.

فرع

في **الكتاب**: بينهما نقض دون القاعة تجوز قسمته تراضياً وبالقرعة، ويخير الممتنع لأنه[2] كذلك، فإن أراد هذا النقضَ، وربّ القاعة غائب رفع ذلك للإمام، فإن رأى شراء ذلك للغائب بقيمة النقض منقوضاً فعل، لأنه الناظر في أموال الغائبين، وإلاّ تركهم، وتلوم للغائب ما اراد. فإن نقض دون الإمام فلا شيء عليهما، لأنه مالهما، وإذا بنيا في عَرصتك بإذنك ثم اردت إخراج أحدهما بعد مدة العارية إن قدرا على قسم البناء قسماً، وخيرتَ في المخرج بين إعطائه قيمة حصته أو أمره بقلعه، وإن لم ينقسم تقاوماه أو يبيعانه، فإذا بلغ الثمن فللمقيم في العرصة أخذ ذلك بشفعته بما بلغ. قال ابن يونس: قال سحنون: كيف يشتري السلطان للغائب وليس مجنوناً ومحجوراً عليه، ولعله يكره ذلك، ومن أين يعطي الثمن.

فرع

في **الكتاب**: لا تقسم الطريق إذا امتنع بعضهم نفياً للضرر، ويقسم الجدار إن لم يكن فيه ضرر، وقيل: لا يقسم، وإن كان لكل واحد عليه جذوع لم يقسم وتقاوماه، وتأول مالك قوله[3] تعالى: ﴿مما قَلَّ منْه أوْ كَثُرَ﴾ قال: ويقسم البيت الصغير وإن لم يقع لأحدهم ما ينتفع به، والأرض القليلة والدكان الصغير في السوق، إن كان اصل العَرصة بينهما، والحمام والماجل وكل شيء عنده ينقسم خلافاً لـ(ش) و(ح) قال ابن القاسم: وإنما لم يقسم الطريق والجدار مع الضرر

---

(1) يعني غير نقية، والغلث: الخلط.

(2) كذا في (د) وفي (ي) كلمة مطموسة.

(3) (النساء: 7) وفي (ي): (مما قلّ منه أو كثر نصيباً مفروضاً).

لأنه لا كبير عرصة لهما فلا يقسمان إلاّ بالتراضي أو على غير ضرر، قال: وأنا ارى ما لا ينقسم إلاّ بضرر ولا يحصل منه منتفع من دار أو أرض أو غيرهما لا يقسم ويباع فيقسم ثمنُه، لقول[1] النبي عليه السلام: (لا ضرر ولا ضرار) وكذلك الماجل إلاّ أن يصير لكل واحد ماجل ينتفع به، ولا يقسم أصل العيون والآبار قبل شربهما بالقلد[2]. في **النكت**: قيل في الجدار سترة بينهما لا يقتسمان أعلاه، لأنه قد يقع لأحدهما ما هو قبالة صاحبه فلا ينتفع به، وإنما يبني كل واحد منهما نصف جميع الحائط. قال صاحب **التنبيهات**: إنما تكلم في الآبار والعيون على الواحد، فإن أمكن قسم الجماعة واعتدلت[3] قسمت، وقاله سحنون، وتأوله على **الكتاب** وحمله ابن لبابة على العموم واستدلّ بمخالفته في الجواب في المواجل، وحكى عن مالك المنع، ثم قال: وأما أنا فلا أرى ذلك للضرر إلاّ أن يكون لكل واحد مَاجِل، قال القاضي: وليس بحجة، لأنه إنما تكلم على ماجل واحد، وإذا كان كبيراً يصير منه مواجل، والبئر لا تكون منها آبار، ولا العينُ عيوناً، وقيل: إنما رأى ذلك مالك في الماجل لأن لها عرصة ولا كبير عرصة للآبار والعيون من الأرض، وإذا قال في الحائط، وقد يكون منع قسم البئر اتباعاً للعمل لأنه لم يُسمع، قال ابن يونس: قال عبد الملك: لا يقسم الجدار إلاّ عن تراض صدراً كَانَ أو حاملاً، قال مطرف: فإن كان بعضهم ينتفع بسعة سهمه من البيت ويضيف سهم غيره قسم كما قال مالك، ولا يمنع أحد الإنتفاع بملكه لتضرر غيره، وإن لم ينتفع به أحد للقلة: بِيعَ وقسم ثمنُه نفياً للضرر، ومنع عبد الملك ان ضاق على أحدهم نفياً لمطلق الضرر، وإن انتفع أقلهم نصيباً بوجه من وجوه النفع قسم، قال

---

(1) رواه مالك في (الموطأ) مرسلاً في الأقضية، باب القضاء في المرفق، ورواه ابن ماجه والدارقطني والحاكم والطبراني والبيهقي وغيرهم من طرق كثيرة قال النووي: يقوي بعضها بعضاً، وقد احتج به الأئمة.

(2) النصيب من الماء، يقال: سقينا الأرض قِلدها. المعجم الوسيط (قلد) وسيأتي شرحه للمؤلف صفحة 29 لغة واصطلاحاً.

(3) في (ي): واعتزلت قسمته.

اللخمي: إذا اقتسمَا وتركا الطريق لا يقسم إلاّ أن يحصل لكل واحد منهما طريق معتبر لمثل تلك الدار، وقوله: لا يقسم الجدار إن كان لكل واحد عليه جذوع ليس يبين، لأن الحمل لا يمنع القسم كما لا يمنع قسم العلو السفل، وحمل العلو على السفل، قال: وأرى قسمة طائفتين على أن من صارت له طائفة الآخر عليه الحمل، بأن يأخذ أحدُهما الجهة الشرقية والآخر الغربية لا القِبلية والشمالية لئلاّ يعم الحمل، وإن اراد يقسم الأعلى أن تكون أرضه شبرين قبل كل واحد شبر، وحمل الحائط على الشركة، أو يريد قسمه بعد الهدم فيقسم أرضه فيأخذ كل واحد ما يليه، ولا يقسم الماجل إلاّ إذا اتسع بأن يصير لكل واحد ما ينتفع به. قال اشهب: إذا قسمت الدار وترَك الماجل لا يقسم، وإن لم يقسم قسم معها، يريد: وإن صار الماجل في أحد النصيبين، ولم يرَ في ذلك ضرراً إذا اعتدلت القيمة، واختلف قول مالك في الحمام، وعدم القسم أحسن، ولو رضيا منعهما الإمام لحق الله تعالى في إضاعة المال، والخلاف في الدار إنما هو إذا كانت ميراثاً أو للقُنيَة، أما للتجارة فلا تقسم اتفاقاً لتنقيصه الثمن وهو خلاف ما دخلا عليه. ويختلف في الساحة كالبيت أُصلاً أو تركت بعد القَسم. قال صاحب **المقدمات**: لم يتابَع مالك على قسم الدار وإن لم يصر في نصيب كل واحد إلاّ قدر قدم، إلاّ ابن كنانة، وراعى ابنُ القاسم انتفاعَ كل واحد بنصيبه للسكَن، ولم يراع نقصان الثمن، وإنما يراعى ذلك في العُروض، وقيل: لا تقسم إلاّ أن يدعو إلى ذلك صاحب النصيب القليل[1]، وقاله (ش) و(ح) لإسقاطه حقه، وقيل: يجبر[2] عليه.

فرع

قال: قيل: يجبرُ[3] الممتنع من قَسم الحبس عليه من الأعيان وينفذ[4] بيْنَهم إلى أن

(1) (القليل) سقطت من (ي).
(2) في (ي): وقيل عكسه.
(3) في (ي): يخير. وهو تصحيف.
(4) في (ي): وينقل عنهم.

يحدث من الموت أو الولادة ما يغيره بزيادة او نقص مستدلاً بقولهم: إن المحبِّس في مرضه على ولده وولد ولده أن الحبُس يقسم على عدد الولد وولد الولد، وظواهر كثيرة تدل على ذلك، وقيل: لا يقول[1] مالك في **الكتاب**: لا يقسم الحبس ولا يجزأ، وقيل: لا يقسم إلاّ أن يتَراضَى[2] المحبِّس عليهم على قسمه قسم اغتلال. وقال الشافعية: إذا فرعنا على أن القسم بيع: امتنع قسم الوقف مع المطلق وإلاّ جَاز.

فرع

في **الكتاب**: يجوز قسم نخلة وزيتونة إذا اعتدلتا ورضيا فيأخذ هذا نخلة الآخر الأخرى من غير إجبار، ولأنهما جنسان، وإن لم يعتدلا تَقَاوَمَاهما أو باعاهما[3] مثل ما لا ينقسم من ثوب أو عبد، ومن دُعي منهما لِلبَيْع جُبر الآخر تحصيلاً لِلإختصاص بالملك، لأنه الأصل، فإذا استقرا على ثمن فَلِكارِهِ البيعِ أخذُهما بذلك، قال صاحب **التنبيهات**: قيل: هذا نُزُوعٌ من ابن القاسم إلى مذهب أشهب في جميع الصنفين بالسهم على التراضي، وابن القاسم يمنعه، وقد يكون هذا مثل الثمار المختلفة، وقد أنكر سحنون المسألتين معاً، وقيل: المراد هنا قسمُ المُراضاة، وقيل: إنما جاز ذلك للضرورة فيما قل كما جاز في الأرض الواحدة بعضها رديء بخلاف الأراضي المفترقة، والدار بعضها جديد وبعضها رث بخلاف الدور، وكذلك قال ابن يونس يريد بقوله: رضيا، أي بالقرعة، ولذلك شرط الإعتدال.

فرع

في **النوادر** عن ابن حبيب: يجوز قَسم الديْن إذا كان على رجل واحد، حضر الغريم أم لا كما يجوز بيعُه، ومنع (ش) ذلك. قال: لأنه بيع للديْن من غير مَن هو

(1) كذا في النسختين، ولعلّها: لا يقول مالك . . .

(2) في (ي): ان تراضيا، وهو خطأ.

(3) (أو باعهما) سقطت من (ي).

عليه، ولأنه بيع دَيْن بدَيْن. وإن قلنا: القسم إقرار، فإقرار الذمم محال لعدم تعيين ما في الذمة، ومن هذا في صفة القسمة بغية[1].

فرع

في **النوادر** عن ابن القاسم: لهم[2] قسم الدار المكتراة، والكراء الموروث ماض، ويقوم كل واحد ما يصير له إن لم يضر بالمكتري، ولا يضيق عليه، ولكل واحد سكنى نصيبه إن لم يضر بالمكتري (ولا يضيق عليه[3]) وليس لهم إخراجه حتى يتم لتقدم حقه قبل الإنتقال إليهم فما انتقل إليهم[4] إلاّ ناقصاً كبيع الدار المكتراة.

فرع

في **الجواهر**: إذا تنازع الشركاء فيما لا ينقسم، فمن طلب البيع أجبر الباقون إلاّ أن يكون[5] بيع حصته مفرزة لا تنقض كالفنادق والدور الكبار، وقال (ش) و(ح): لا يجبران على البيع لقوله[6] تعالى: ﴿**إلاَّ أنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ منكم**﴾ فالرِّضا شرط، والجبر[7] ينافيه. و**جوابهما**: أن نفي الضرر لا يشترط فيه الرضا فإن القسم عندهما بيع. ويدخلها الجبر، والشفعة يدخلها الجبر، والإنسان محتاج للإختصاص بملكه، ولا يحصل ذلك بقسم العين أو بدلها وهو الثمن.

الركن الثالث: صفة القسمة: قال صاحب **المقدمات**: القسم إما أن يتبع في رِقاب او منافع، وقسم رقاب أموال ثلاثة: قرعة بعد التقويم، وتعديل ومراضاة بعد تعديل وتقويم، ومراضاة بغير تقويم ولا تعديل، ولكل صفةٍ أُحكام تخصها،

---

(1) كذا في (ي) والكلمة مطموسة في (د).

(2) (لهم قسم) سقطت من (د). وهي ضرورية.

(3) ما بين القوسين سقط من (ي).

(4) (فما انتقل اليهم) سقطت من (د) ولا بدّ منها.

(5) في (ي): الا أن تكون حصة مفرزة.

(6) (النساء: 29).

(7) في (ي): والحبس والشفعة يدخلها الجبرينافيه.

فيخص الأول: إجبار الممتنع عنها عليها، وتختص بالجنس الواحد من العَقار أو الحيوان أو العُروض لئلا يعظم الغرر بالقرعة في المختلفات دون المكيل والموزون، ولا يجمع سهم اثنين لما فيه من توقع تكرر القرعة وزيادة الغرر، ويرجع فيها بالعين لعدم الدخول على التفاوت، ولا تدخل في المكيل والموزون لإمكان قسمه بغير غرر القرعة بالمِكيَال والميزان، ويخص الثانية: جوازها في الأجناس والمكيل والموزون لعدم القرعة، إلاّ في صنف يمتنع التفاضل فيه، فإن الرضا فيه بغير المماثل حرام، ويرجع فيها بالغبن لما تقدم، وتختص الثالثة بعدم الرجوع بالغبن مع جوازها في موارد الثانية لأن التزام عدم التعديل رضا بالتفاوت، وهي بيع اتفاقاً، ويحكم فيها بحكم البيع في الإستحقاق والرد بالعيب وسائر الأحكام المتعلقة بالبيع، واختلف في الأولين: فالمشهور أنهما بيع، وقاله (ش) و(ح) لأن كل واحد يعوض عن الشافع[1]، (فيمَا[2] أخَذَه شريكه الشافع مما أخذه لشريكه. وهذا هو حقيقة البيع)، وقال سحنون وابن حنبل تمييز حق، قال صاحب **التنبيهات**: وهو الصحيح من مذهبنا وأقوال أئمتنا، وإن كان مالك أطلق عليها: بيع، واضطرب فيها رأي ابن القاسم لقَسم الصحابة رضوان الله عليهم البقر والإبل المذبوحة عن سبع، وبيع لحوم القُرب حرام، ولأن القرعة[3] والإجبار ينافيان البيع لاشتراط الرضا فيه، ولأن تعويض المعين عن الشائع لو كان بيعاً لكان قبض طعام السلم والديون بيعاً، فيلزم بيع الطعام قبل قبضه، وبيع المؤجل في الذمم بالمعجل، وصرف ما في الذمم قبل حلوله (بجواز[4] تعجيل الدين قبل أجله) بل هذا أولى بالبيع، فإن عَيَّن ما أخذ لم يكن له فيه ملك. والمُقاسم كان يملك فيما أُخذ نصيباً.

والجواب عن الأول: أنه مستثنى من القسم للضرورة، وتوسعة على الناس في التقريب.

---

(1) في (ي): الثاني.

(2) ما بين القوسين سقط من (د).

(3) (ولأن القرعة) سقطت من (د).

(4) ما بين القوسين سقط من (د).

والجواب عن الثاني: ان الرضا قول[1] يشترط في البيع لدفع الضرر كالأخذ بالشفعة وبيع مال المفلس.

تنبيه: لا يمكن القول بأنها بيع مطلقاً، فإن عين ما[2] أخذ له فيه حصة قبل القسم، وهي الآن باقية له فلم يعاوض[3] فيها.

نظائر: قال العبدي: يجبر الإنسان على بيع ماله في سبع مسائل: الماء لِلعطشان، فإن تعذر الثمن أجبر بغير ثمن، ومن انهارت بئره وخاف على زرعه الهلاك يجبر جاره على سقيه بغير ثمن، وقيل: بالثمن، والمحتكِر يجبر على بيع طعامه. وجار الطريق إذا أفسدها السيل، وكذلك الساقية إذا أفسدها[4] السيل، يؤخذ مكانها بالقيمة من جار الساقية، وإذا ضاق المسجد يجبر من قاربه على البيع ليوسع للناس، وصاحب الفدان في فدن الجبل إذا احتاج الناس إليه ليخلصهم[5] لأجل وعره، وصاحب الفرس أو الجارية يطلبها السلطان فإن لم يدفعْها إليه جُبر الناس فإنه يجبر[6] هُو تغلبياً لأحد الضررين، والإنسان مضطر للخلاص من[7] سوء الشركة والإستقلال بملكه من غير مزاحم فتعين[8] الإجبار[9]، وإن كان القسم بيعاً، **وعن الثالث:** أن المستحق في السلَم والديون حقيقة مطلقة تجب على المديون بعينها[10] في معين ليحصل الإقباض، وهذه الحقيقة لم ينتقل عنها إلى غيرها فما وجد معنى المعاوضة، وفي القسم كل واحد من نصفي الدار لزيد فيه حق شائع

---

(1) في (ي): قد لا يشترط.
(2) في (ي): بما.
(3) في (ي): فلم يعارض.
(4) في (ي): أخذها.
(5) في (ي): لتحلصهم.
(6) في (ي): يجبرها.
(7) في (د): سوء.
(8) في (د): يتعين.
(9) (الاجبار) سقطت من (د).
(10) في (ي): تعيينها.

عاوض عن أحد الشائعين بالآخر فتقرر[1] معنى المبيع، قال: والأظهر: أن الأولى[2] تميز بخلاف الثانية، ودليل القرعة قوله[3] تعالى: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾ وقوله[4] تعالى: ﴿وَمَا كُنتَ لَدَيهِم إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُم أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ وفي مسلم[5] **أن رجلاً أعتق ستة أعبد بموته[6] فأسهم – عليه السلام – بينهم فأعتق ثلثهم**، وقال[7] – عليه السلام – **(لَو يَعلَمُ الناسُ مَا في النداءِ والصفِّ الأول ثم لَم يَجدوا إلاّ أن يَستَهِموا لاسْتَهموا)**، وإنما وقعت القرعة في تلك الصور تطييباً للقلوب، وأقراراً[8] لِحق الورثة عن المعتق، وهذا متحقق في القسم وما يُوجبه الحكم يجوز التراضي عليه من غير حكم.

فرع

قال: المكيل والموزون يجبر فيه على التعديل بالكيل والوزن[9]، لا بمكيال معلوم أو بصحفة مجهولة كان رِبَوياً أم لا اتّفاقاً، كما يمتنع اتّفاقاً تحرياً أو جزافاً للمخاطرة، ويدخله عدم المماثلة في الربَوي، هذا في المكيل بخلاف الموزون يجوز تحرياً وفيه خلاف، هذا إذا كان صُبرة، فإن كان صبرتين رِبَوياً[10] كقمح وشعير ونقي[11] ومغلوث فلا يجوز إلاّ الإعتدال بالمكيال المعلوم أو الصَّنجة المعروفة في

---

(1) في (ي): فيقرب.

(2) في (ي): ان الأول أنها تميز.

(3) (الصافات: 141).

(4) (آل عمران: 44).

(5) تقدم تخريجه.

(6) في (ي): عند.

(7) رواه البخاري في الجماعة، باب فضل التهجير الى الظهر، ومسلم في الصلاة، باب تسوية الصفوف واقامتها، ومالك في (الموطأ) في الجماعة، عن أبي هريرة.

(8) في (د): واقرار بحق. وهو لحن.

(9) في (د): أو الوزن.

(10) في (ي): زيوفاً. وهو تصحيف.

(11) في (ي): ونقى ومعلوث. بدون نقط.

الموزون لأنها مبادلة بالمكيال المجهول، لأن آخذ الشعير يقول: لو علمت وصول الشعير لهذه الغاية لم آخذه، ولو اقتسما القمح على حدة، والشعير على حدة، جاز بالمجهول والمعلوم، وغير الربَوي بالحناء يجوز متفاضلاً بالمعلوم دون المجهول من الكيل والصنجة للخطر، وجاز قسم الصُّبرة الواحدة بالمعلوم والمجهول، لأن قسمهما ليس بيعاً بل تمييز حق.

فرع

قال: وأما المنافع: فلا تجوز القرعة فيها عند ابن القاسم، ولا يجْبر[1] من أباها، لأن المنافع معدومة فقد لا تحصل فيعظم الغرر بالقرعة، بل يتراضيان باستغلال العَبْد أو الدابة مدة، والآخر مثلها، وكذلك الإستخدام والروكوب أو السكنى، أو يزرع هذا مرة والآخر أخرى، وقاله (ش) و(ح). ويمتنع الإغتلال في المدة الكثيرة إتفاقاً، وجوزه مالك في اليوم، ومنع الإستخدام فيما زاد على الشهر، قال ابن القاسم: ويجوز أكثر من الشهر، وخصصه محمد بمثل خمسة أيام، وكل ذلك تحويم[2] على الغلة، والمنع في الكثرة ملاحظة للغرر في الحيوان، والفرق بينه وبين الإستغلال: أن الإستغلال في معنى بيع ما لا يملك من الغلة لأنه بيع أعيان مجهولة، والإستخدام بيع منافع، وهي جائزة في المعدوم بدليل الإجارة، هذا[3] في التهايوء في العين الواحدة، أما في العينين بأن يقبل هذا عبداً وهذا عبداً أو داراً وداراً أو أرضاً وأرضاً يزرعها والأخرى ارض يزرعها. فعن ابن القاسم: يجوز في السكنى والزراعة دون الغَلة والكراء، وهو على قياس[4] التهايىء في الأزمان يجوز في اليوم الواحد على قول مالك، ويمنع في الأكثر للغرر، واستخدام العبيد والدواب يجري على الخلاف المتقدّم في تهايىء الأزمان في العين الواحدة، وجوز

---

(1) في (د): ولا يخير. وهو تصحيف.

(2) في (ي): تحوم، وكتب الناسخ فوقها: (كـ) أي هكذا بالأصل.

(3) في (د): في هذا.

(4) في (د): على قيام النهار وفي الأزمان. وهو محرف.

(ح) الإجبار على قَسم المنافع في سكنى الدار ولباس الثوب واستخدام البد، لما روي في مسلم[1] (**أن امْرأةً وَهَبتْ نفسَها للنبي – عليه السلام – فَقَالَ له رجل: زَوِّجْنِيَها إن لَم يكُن لَكَ بها حَاجةٌ، فَطَلَب منه – عليه السلام – الصَّداقَ فقال: لاَ أجد إلاَّ إزرِاي هذا لها نصفه، فقال له – عليه السلام –: وما تَصنَعُ بإزَرِاكَ؟ إن لَبستَه لَم يكن عَلَيها منه شَيءٌ، وإن لَبِسَتْه لَم يكُن عَلَيكَ مِنه شيءٌ**) فدل ذلك على أن لكل واحد لُبسه حالةَ استحقاقه، وهو عين القَسم، وجوابه: أن الحديثَ لم يتعرض للإجبار، وإنما النزاعُ فيه لا في توزيع اللُّبس.

فرع

في **الكتاب**: إذا اقتسما أرضاً على أن لا طريق لأحدهما على الآخر، ولا طريق إلاَّ عليه امتنع، لأنه ليس من قَسم المسلمين.

فرع

في **الكتاب**: لا تقسم[2] المختلفات بالقرعة كالدور والأرضين أو البقَر والغنم، وتجوز في دارين في موضع: جَديدةٍ وَرَثَّةٍ، أو دار بعضُها جديد وبعضها رَثٌّ لأنه صنف واحد كالرقيق فيه العلي والدنيّ، فإن كان الصنف الواحد لا يحمل القَسم، بيع على الجميع إلاَّ أن يتراضوا بغير قُرعة، وإن كان متاع وحُلي قُسم المتاع بالقيمة والحُلي بالوزن إلاَّ أن يكون فيه جواهر لا تُقارنُه[3] والفضة او الذهب قدر الثلث فأدنَى، أو كانت سيوفاً مُحلاَّة حلية كل سيف الثلث، قسم بالقيمة تغليباً للعُروض كالبيع، وإلاَّ فلا.

---

(1) في النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد، ورواه البخاري في النكاح، باب تزويج المعسر الخ ومالك في (الموطأ) في النكاح، باب ما جاء في الصداق والحباء، عن سهل بن سعد الساعدي.

(2) في (ي): لا تنقسم.

(3) في (د): لا تفارقه.

فرع

في **الكتاب**: يمتنع في قَسم التمر تفضيل أحد في الكَيل لرداءة حظه أو المساواة في المقدار، ويؤدي آخذ الجيد ثمناً لأنه بيع طعام غير متماثل، فإن أخذ أحدهما جملة الدراهم وثلث الطعام، والآخر ثلثاه وهي سمرا وَمحمولة أو نقي وَمغلوث امتنع لما تقدّم، أو متساوي النقاء والجودة والجنس، أو من صُبرة يتفق أعلاها وأسفلها جاز، بخلاف المتبايعيْن لأن ها هنا لم يأت أحدهما بطعام والآخر بطعام ودراهم، ولو أخذ ثلثي القمح وثلث الشعير، والآخر: ثلثي الشعير وثلث القمح جاز، لأنهما جنس، وإن أخذ القمح والآخر القطنية يداً بيد جاز كالبيع، ولو كانا زرعاً امتنع الاَّ عَلَى الحصد مكانَهما خشية النَّساء، ولو كان الزرع صنفاً واحداً امتنع القَسم حتى يدرس فيقسم كيلاً، خشية التفاضل. قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إذا اقتسما صُبرة قمح وصبرة شعير والقمح أكثر بأمر بيّن فاخذه أحَدهما والآخر الشعير امتنع للتفاضل، وإن ترك أحدهما نصيبَه من القمح واقتسما الشعير جِزافاً امتنع لعدم تحقيق التماثل، وكأنه خاطره بما ترك من القمح، ويجوز كيلاً، قال أشهب: إذا أخذا الشعير والقمح أو ثلثيه جاز لعدم التهمة. قال محمد: وكل ما يكال من طعام أو غيره لا يُقسم تحرياً نفياً للغَرر، وما يتعذّر فيه غير الوزن كالقمح يقسم ويباع تحرياً. قال ابن القاسم: ذلك في القليل، وذكر ابنُ حبيب البيْض في هذا، والفرق بين الوزن والكيل: عدمُ تعذر الكيل ولو بالحُفنة، والوزن يتعذّر فَسُومح فيه، وأما ما يجوز فيه التفاضل فيجوز التحرّي على التماثل والتفاضل كالبيع ويمتنع على الشك في التعديل قاله مالك، لأنه بيع مجهول. وعن ابن القاسم: لا يُقسم ما يجوز فيه التفاضل تحرياً إلاَّ على التفاضل حذراً من الغبن.

فرع

في **الكتاب**: دارٌ بينهما ولأحدهما دار تلاصقها، فأراد فتح باب[1] في

(1) (باب) سقطت من (د).

المشتركة: للآخر منعُه لِحقه في موضع الفتح، وإن أراد في القسم جعل نصيبه إلى جهة داره حتى يفتح الباب مُنع، بل[1] حيث وقع سهمه أخَذَه، فإن اشترى أحد النصيبين مَن له دار تلاصقه فلا[2] يفتح بابه إلى طريق[3] هذا ليصير هو ومن اكترى منهما وليسكن معه إن اراد رفقاً، إلاَّ أن يجعل ذلك سكة نافذة[4] لمر الناس يدخلون من باب داره ويخرجون كالزقاق فلا، للضرر، قال ابن يونس: قال محمد: صوابه: ما لم يفتح من حائط الشركة.

فرع

في **الكتاب**: يجوز التفاضل في قسم التراضي وزيادة أحدهما الآخر عروضاً نقداً أو موصوفاً إلى أجَل معلوم، أو عيناً نقداً أو مؤجلاً، أو على أن يتصدّق عليه صاحبه أو يهبه هبة معلومة كالبيع.

فرع

في **الكتاب**: يجوز قسم الدار المستوية مذارعة بالقُرعة، وإن كان بعضها أجود أو كلها سواء، وجعلا في ناحية أكثر، إلاَّ إن تراضيا نفياً لِغَرر القرعة، ويُقسم البناء بالقيمة[5].

فرع

في **الكتاب**: إذا طلب بعضهم قسم البناء والساحة معاً، فإن كان يصير لكل واحد من الساحة ما ينتفع به في مدخله ومخرجه ومربط دابته وغير ذلك أُجِيبَ، وإن كان يصير لأقلهم نصيباً ما لا ينتفع به إلاَّ في دخوله وخروجه فقط: قسم

(1) (بل) سقطت من (د) ولا بدّ منها.

(2) في (ي): فله فتح بابه وممره، وهو الصواب.

(3) في (ي): الى الطريق هذا النصيب، ومن اكترى الخ وفيه تحريف.

(4) في (د): لأخذه. وهو تحريف.

(5) في (ي): بالقرعة. وهو تحريف.

البناء وحده وتركت الساحة لانتفاعهم نفياً للضرر، وينتفع الأقل مثل الأكثر نصيباً سكن أم لا، ولهم منعُ من يبني في الساحة منهم لئلاّ يضيق على غيره. قال صاحب **المقدمات**: إذا احتملت ساحة الدار وبيوتُها القَسم قُسمت كلها قسماً واحداً، وجعل لكل نصيب من البيوت ما يقابله من الساحة وعدل ذلك بالقيمة، ثم اسهم عليها، وإن احتملت البيوت فقط قُسمت وأقرت الساحة يترفقون بها كالفِناء، إلاَّ أن يتفقوا على قَسمها، وإن احتملت الساحة فقط: فاللاَّئق بمذهب ابن القاسم: لا تقسم إلاَّ بالتراضي لأن جمعها في القرعة يخرج سهم بعضهم في البيوت، والآخر في الساحة وهو ممتنع كالصنفين، وقال ابن حبيب: يضمان[1]، وإن وقع سهم أحدهما في البيوت فقط لأنهما كالشيء الواحد: قال: وهو بعيد لأن فيه جمعَ الصنفين إلاَّ أن يريد مع تراضيهم فيتخرّج على مذهب أشهب في جمعهما[2]، وعلى قول ابن القاسم في مسألة النخلة والزيتونة، وقيل: إن الساحة لا تقسم، وإن صار لكل واحد ما ينتفع به قاله مطرف، وتأول قولَ مالك على ساحة البناء أو على ساحة الدار إذا بنوها، وقسموا البيوت، وقال سحنون: إن كان على البيوت حجر لم تقسم الساحة وإلاَّ قُسمت، فجعلها إذا كانت للبيوت حجراً كالفناء لا يقسم إلاَّ بالتراضي، والأفنية تنقسم إلى ما يكون أمام دور القوْم إلى جانب الطريق فلا يقسم، وإن اجتمعوا على قَسمه لِحَقٍّ عامة الناس فيه عند الزحام وغيره، فإن قسم رد القَسم. وقال أصبغ: يمنع ابتداءً ولا ينقض، لأن حق المالك أقوى، وإلى ما يكون بين دُور القوم فيجوز قسمُه بالتراضي. قال ابن القاسم: على ما تراضوا عليه كالبيع، وعن مالك: على حال منازلهم، فَإن امتنَع بعضُهم لم يُحكَم بالقَسم. وقد اختلفوا في الأنادر والمسارح هل تقسم أم لا؟ وهي كالفِناء بين دُور القوم[3]، وفي **النوادر**: تقسم الساحة الواسعة إن أرادوا أن يتخذوا حِجراً على بيوتهم، وإنما لا تقسم العَرصَة التي لبيوتها حِجر فَتَبْقَى مرفقاً، قال أشهب: تترك إن ضاقت

---

(1) في (ي): يصحان. وهو تصحيف.

(2) في (ي): في جميعها.

(3) في (ي): قوم.

بالقَسم، وإذا كانت واسعة فأراد أحدهم بيع نصيبه: ليس له ذلك إلاَّ مع نصيبه من البيوت أو بإذن الشركاء متى اجتمعوا على قَسم العَرصَة الواسعة أو الضيقة قبل القسم أو بعده. قال محمد: يجوز وإن ضاق البنيان عن القسم[1] واتسعت الساحة قسماً بالإجتهاد، وليس على أن تقع السهام كلها في البنيان إن ضاق عنها، لكن يجتهد فتضم الساحةُ حصصاً منها، وإن حمل البنيان وضاقت الساحة قُسم البنيان وتُركت مرفقاً.

فرع

في **الكتاب**: دار فيها بيوت وساحة، ولها غرف وسطوح بين يديها: قُسم البناء على القيمة وأبقوا الساحة، فالسطح يُقَوَّم مع البناء، تُقَوَّم الغرفة بما بين يديها من المرتفق، ولصاحب العلو الإرتفاق بساحة السفل كارتفاق صاحب السفل في سَطح الأعلى إذ ليس من الأفنية، ويضيف القاسم قيمةَ خشب السطح والغرف مع قيمة البيوت التي تحت ذلك، وما رَثَّ من خشَب العلو الذي هوأرض الغُرف والسطح: فإصلاحُه على رب السفل، وله ملكه كما عليه إصلاح جدران الأسفل، وإذا سقط العلو على الأسفل فهَدَمَه: جُبر صاحب السفل، على بنائه أو بيعه ممن يبني حتى يبنى على رب العلو علوه لإلتزام صاحب السفل تمكين الأعلى من الإنتفاع، فإن باعه ممن يبنيه فامتنع: جُبر المبتاع على البناء أو البيع ممّن يبني توفية بالشرط.

قال ابن يونس: قال ابن شعبان: إذا خيف سقوط السفل فقيل: إن تعليق الأعلى على صاحب الأعلَى لأن عليه حفظ ملكه، وقيل: على صاحب السفل، لأن عليه حمله بالبناء، قال: وبالأول أقول، إلاَّ أن يهدمه من غير حاجة، وقوله قبل هذا: يجبر صاحب السفل على البناء أو البيع ممّن يبني إذا سقط الأعلى على الأسفل: إنما ذلك إذا لم يكن له مال غير القاعة، فلا يقدر على أكثر من بيعها

(1) في (د): عن ألف سهم.

عليه، وأما إذا كان له مال جُبر على البناء، لأن على صاحب العلوّ في انتظار البيع ضرراً، ولو كان له مال امتنع البيع على هذا الشرط، قاله سحنون، وقال: وكذلك يحرم بإذن سيدها ثم يطؤها عليه أن يحجبها، فإن فلس بيعت عليه ممن يحجبها لضرورة التفليس، وكذلك الأمة لها ولد صغير يعتق السيد أحدهما لا يباع الرقيف منهما إلاَّ لفلس أو ضرورة فيباع عند ابن القاسم، ويشترط على المشتري عدم التفريق بينهما، قال اللخمي: لصاحب العلو الإنتفاعُ بساحة السفل، لأنها العادة، والعادة اختصاص صاحب السفل بالساحة، وعلى ذلك تقوم، وخشب الأجنحة لصاحب العلو إلاَّ أن يكون ممدوداً إلى سقف صاحب السفل فينتفع بها، كأخذ خَشَبه فما خرج منها لصاحب العلو، وما دخل لصاحب السفل، وهذا إذا كان الملك واحداً فيبيع أحدهما دون الآخر لدخول المشتري على ذلك، وما نقل العقد إلاَّ ذلك، وأما إن أحدث المشتري ذلك الخشب: فإن جميعها له، وإن كان لصاحب العلو خشب يصعد عليها للعلو ويبني عليها درجاً، أو كان سطحاً له فخشبها له، وإذا تهدمت الدار: فعن ابن القاسم: يجبر صاحبُ السفل على بنائه أو البيع ممّن يبني، وقال سحنون: إنما يجوز البيع على هذا إذا كان لا مال له، وقال ابن القصَّار: يجبر صاحب السفل على البناء إلاَّ أن يختار صاحب العلو بناءه من ماله، ويمنع صاحب السفل من الإنتفاع حتى يعطيه ما أنفق. قال: وأرى أن يخير صاحب السفل بين البناء أو البيع ممّن يبني أو تمكين صاحب العلو من البناء إذا رضي بذلك، ثم يكونان شريكين في السفل هذا بقيمة كراء القاعة والآخر بقيمة كراء البناء إلاَّ أن يعطيه بعد ذلك قيمة البناء يوم يأخذه قائماً، فإن كان سبب الإنهدام ضُعفَ العلو، وصاحب السفل حاضر عالم ولم يتكلّم على ذلك لم يضمنه، وإن كان صاحب السفل غائباً وَوَهَى العلو مما لا يخفى سقوطه فهل يضمن أم لا؟ لأنه لم يتقدّم إليه، والأول أحسن، وإن تقدّم إليه ولم يفعل ضمن، قولاً واحداً، وكذلك إذا كان سببُ الإنهدام وَهاءَ السفل، وصاحب العلو حاضر أو لم يقدم إن كان غائباً، واختلف إذا وهَى السفلُ هل تعليقه على الأعلى أو الأسفل؟ والأول أحسن، لأن البيع فيما كان على السلامة، وعلى أن الحمل على بناء

بعينه، والمالكان لا يعلمان ما تؤديه الأحكام عند فساد البناء فإذا رَثَّ ذلك المعين لم يكن عليه أن يحمله على خشب، وإنما عليه أن يعلقه حتى يحمل عليه، ووافقنا (ش) في قسم العلو والسفل بالقيمة، وقال (ح): يقسم كل ذراع من السفل بذراعين من العلو، لأن صاحب العلو لا ينتفع بالهواء وصاحب السفل ينتفع بالقَرار بالحفر والحمل. وجوابه: أن القيمة تأتي على جميع الأغراض فلا حاجة لهذا التحكم.

فرع

لرجل خمسة أمداد تمر، ولآخر ثلاثة فمرّ بهما آخر فأكلوا كلهم سواء، فلما فرغ المار، دفع ثمانية دراهم فقال: إقتسماها على قدر ما أكلت لكما، قال صاحب الثلاثة: آخذ نصفها لأنه أكل من تَمري مثل ما أكل من تَمْرك، وقال الآخر: بل لك ثلاثة توزيعاً للأكل على الملك، فحلف صاحب الثلاثة أن لا يأخذ إلاّ ما حكم به الشرع، فترافعا لعلي – رضي الله عنه – فَقَضى لصاحب الثلاثة بدرهم فقط. وتقريره: أنهم أكلوا بالسويّة فأكل واحد من الثمانية ثلاثةً إلاّ ثلث، لكل صاحب الثلاثة من ثلاثته ثلاثة إلاّ ثلث فبقي له ثلث أكله الوارد عليهم، وأكل صاحب الخمسة ثلاثةً إلاّ ثلث. (تبقى له اثنان وثلث هي سبعة أثلاث، أكلها الوارد عليهم فلا جرم أخذ سبعة، وأخذ صاحب الثلاثة درهماً، والثمانية هي ثلاثة إلاّ ثلث[1]) التي أكلها الوارد عليهم فصحت القسمة على ما أكل وهو الحق.

فرع

في **الكتاب:** إذا أخذ أحد الورثة العروض والآخر الديون إن كان الغرماء حضوراً وجمع بينه وبينهم جاز، وإلاّ فلا، لامتناع بيع ديْن على غائبٍ، ويمتنع الدين بالغرماء لأنه بيع دين بدين بل يقسم ما على كل رجل، وقد تقدم من هذا في الركن الثاني.

(1) ما بين القوسين سقط من (ي).

فرع

في **الكتاب**: دار لثلاثة رَضُوا بأن يأخذ أحدهم بيتاً منها والآخران بقيتَها، يجوز، لأنه بيع، وإنما يمتنع جمع رجلين في القسم بالسهم، لأن قسم السهم غرر، والجمع تكثير له.

فرع

في **الكتاب**: يجوز قسم الدار على أن الطريق لأحدهما، ولآخر فيه الممرّ، أو لأحدهما الغرف وللآخر السفل، ويلزمهما ذلك، لأنه بيع، ويجوز شراء تمر في دار دون بقيتها. قال صاحب **النكت**: إنما يجوز إذا كان فضل من الممر إلى موضع له، أو ينتفع به وإلاَّ فَلا، لأنه أكلُ المال بالباطل، فإن كان يصل إلى دار له استحقت داره فيبقى الممر بلا منفعة، قيل: لا ينتقض البيعُ لوقوعه جائزاً، ولو اشترى طريق الممر جاز مطلقاً، لأنه لما ملك المرفق يقدر يغرسها شجراً وينتفع بها، وفرض **الكتاب** إذا لم يشتر الرقبة، قال صاحب **التنبيهات**: قيل: إنما يجوز قَسم السفل والعلو عند الملك مراضاة دون القرعة لأنه (كصنفين إذ لا ساحة للعلو، وجوزه الأكثرون بالسهم والمراضاة، لأن الدار واحدة، وتجويزه القسم على أن ليس لأحدهما[1]. . . حمله سحنون على المراضاة دُون القرعة، لأنه[2] يجب عليه قبل القسم إخراج الطريق وتأولها أبو عمر ابن المكوي[3] على القرعة والمراضاة، لأنه قد لا يحتاج إلى إخراج الطريق في كل موضع لكون الطريق محيِّطاً فحيث أخرج نصيبيه أخرج بابه من المحجة، وقد يضطر إلى الخروج من باب الدار ولا يقسم الباب.

فرع

في **الكتاب**: إذا أراد أحدهما جمع الدور أو الحوائط أو الأقْرِحَة في القسم

---

(1) مقدار كلمتين لا تقرآن في مصورة (د) وهما ساقطتان في جملة كلمات من (ي).

(2) ما بين القوسين سقط من (ي).

(3) في (ي): أبو عمر في المكري. وهو تصحيف عجيب.

ليجتمع له حظه في موضع وأبى الآخران استوت الرغبات في ذلك وقربت مواضعها: جمعت وإلاَّ فلا، نفياً للغرر، فإن اتفقت الرغبات في بعضها جمع المتفق في القَسم ويقسم غيره كل مباين على حِدَة، وإنذاران بناحيتين من المصر: إن استوت الرغبات فيهما جمعتا، وإن اختلفت الرغبات وبينهما يوم لم يجمعا نفياً للغرر، وإذا أراد الورثة قَسم دار كانوا يسكنونها، وللميت دور بالبلَد مستوية الرغبات في غير موضع هذه الدار قسمت هذه وحدها، وجمعت تلك في القسم، وتجمع القرى والأرضون والحوائط المتقاربة الموضع والرغبات والميل قريب، وإن تباعدت نحو اليوم لم تجمع.

فائدة: قال صاحب **التنبيهات:** الأقرحة القَدادين، واحدها قَراح بالفتح، كَزَمان وأزمنة، وذلك في **الكتاب:** واحدها قَرِيح، كقفيز وأقفزة وبَعير وأبعرة، قال الخليل: القَراح من الأرض: كل قطعة على حيالها من منابت النخل وغيره. قال ابن دُرَيد: ما خلص طينه من السبخ وغيْره، وأصله: الخالص من كل شيء. **قلت:** ومنه: الماء القَرَاح أي لم يخالطه شيء، واللفظة بالقاف والحاء المهملة.

قال ابن يونس: قال ابن حبيب: إذا ترك دوراً غير دور السكنى في القرب قسمت تلك وحدها، وعمل في غيرها ما ينبغي في القَسم. وقال ابن أبي زَمَنِين: ظاهر **الكتاب:** ان دار السكنى ليس له معها غيرها في ربض واحد، ولو كانت لجمعت، ولا كلام للورثة، بخلاف قول ابن حبيب. قال أشهب: تجمع الداران في نمط واحد وإن كان بعضهما أعمر، كما تجمع الأرضون وبعضها أكرم، قال سحنون: ليست الدور كالأرضين، فقد تكون الدار في نمط واحد والرغبة مختلفة، وأما الأرضون في نمط فتجمع كالحوائط فيها ألوان الثمر. وقال[1] أشهب: إن كانت الأرض متقاربة وبعضها أكرم جمعت للقرب، وإن طلب بعضهم جمع نصيبه في موضع، وقال غيره: يقسم في كل ارض جعل نصيب مريدي[2] التفرقة ومريدي الجمع بينهما

(1) (وقال أشهب) سقطت من (ي).

(2) في (ي): من يرى.

ويضرب بالسهام على أن الأرض مجموعة، فإن خرج سهم مريدي التفرقة جمع إليهم حقوقهم فصار كأنه حق رجل واحد، ثم تقسم كل أرض مما طاب لهم بينهم على حدتها، وجمع لكل واحد من مريدي الجمع حقه حيث خرج، وإن كانت الأرض متباعدة لا يجمع في القَسم جعل نصيب مريدي الجمع سهماً واحداً، ولكل واحد من مريدي التفرقة سهم ثم يضرب بالسهام بينهم في كل ارض على حدتها، (فإن خرج سهم مريدي الجمع جمع لهم حقوقهم كانهم رجل واحد في تلك الأرض على حدتها[1]). وأعطي مريدو التفرقة كل واحد نصيبَه حيث طاب له، ثم تعمل كل أرض كذلك، ثم يرجع إلى مريدي الجمع فيجمع لكل واحد منهم مما طاب لهم من أنصابهم من تلك الأرض المفترقة تعدل بينهم بالقيمة. قال اللخمي: إن كانت الدور متقاربة جمعت كانت في وسط البلد أو طرفه، فإن كانت إحداهما في وسط البلد والأخرى في طرفه، أو هما في طرفيه لم يجمعا، وإذا اختلف الورثة في دار سكنى الميت هل تجمع مع غيرها بالقرعة؟ إن كان الجميع في محلة واحدة جمعت وإلاَّ فلا، وقسمت مفترقة إن حملها القَسم وإلاَّ تبايعوها إلاَّ أن يكون الورثة عَصَبَة ولم يتقدّم لهم سكنى في ذلك الموضع ولم يكن له بسكن الميت شرف: فتلك الدور وغيرها سواء، والمعتبر أبداً في الدور وجهان: موضعها وصفتها. فإن كان (فيها الجديد والرَّثُّ وهي ذات عدد قسم الجديد عَلى حِدة، والرث عَلى حِدة كانت[2] جديدة وقديمة جمعتا في القُرعة للضرورة بخلاف الأرض الواحدة بعضها كريم دون غيره تُقسَم قَسماً واحداً كما قال في **الكتاب** في الوصايا إذا حصل لأحدهما قَدر قفيز وللآخر قدر عشرة أقفزة لكرم الأرض ودناءتها قسمت بالقرعة، وكذلك الدور، والاختلاف اليسير بين الدور كقيمة أحدهما مائة والأخرى تسعين لا تمتنع القرعة على أن من صارت له دار المائة أعطى خمسة لأنه لا بدّ منه في القسم لتعذّر التساوي مطلقاً غالباً، وتجمع الحوانيت في سوق أو سوقين متقاربي الرغبات وإلاَّ فلا نفياً[3] لمزيد الغرر

---

(1) ما بين القوسين سقط من (ي).

(2) في (ي): لمزيدي الغرر. وفي (د): والا فلاناً معنى لمزيد الغرر. وهو محرف.

(3) في (ي): لمزيدي الغرر. وفي (د): والا فلاناً معنى لمزيد الغرر. وهو محرف.

في القرعة ولا تجمع الدور إلى الحوانيت ولا إلى الفنادق ولا إلى الحمامات، وتجمع الفنادق والحمام إن قال أهل العرف باكتساب الرباع: هي متقاربة، لأنها مستقلات كلها وإلاَّ فلا، ولا تجمع الحوانيت إلى الفنادق لقوة التباين، وقد تستحق الحوانيت مع ديار الغلّة إذا قيل: التفاوت يسير. قال التونسي: قال سحنون: إذا كانت إحدى الدارين قاعة لم يجمعا في القَسم، قاله سحنون، لأن عدم البناء في أحدهما يصيرها أرضاً، والدور والأرضون لا تجمع، وأما السفل مع العلو: فقد يقال: إن سقف العلو كالقاعة إذ الغرض بالقاعة الإستقرار، وفوات يسير منافع القاعة لا يمنع الجمع، ولكن كثرة البناء في إحدى الدارين يزيد في ثمنها على القليلة البناء فيصير عوض كثرة البناء قاعة من الأخرى، وكذلك الجديدة مع الرَّثَّة عوض عن الجدة قاعة، فإن قيل: جوز هذا لأن كل واحد منهما نابه قاعة فأشْبه الحائط فيه أنواع مختلفة لا يقدر على قَسم كل نوع منها فإنه يجمع لأن كل واحد يحصل له بعض تلك الأصناف وإن قل، ولو كانت نخلة وزيتونة امتنع، قلنا: الفرق: أن العلو حصل له ما يشبه القاعة، وصاحب النخلة لم يحصل له شبه الزيتونة. قال ابن القاسم: لا تقسم ذات العين مع النضح، ولا البعل مع السقي، وإن تقاربت الحوائط إلاَّ بالتراضي نفياً للغرر في القرعة، لأن أصلها غرر إغتفر لتطييب القلوب فلا يتعدى المتماثلات، وروى ابن وهب: يقسم البعل مع العيون إذا استوت في الفضل إذ هو المقصود، وروى ابنُ القاسم: المنع لتباين نوع المنفعة. قال اللخمي: قال محمد بن مسلمة: يقسم البعل مع العيون دون البعل مع النضح إلاَّ أن يرضى أهله، ولا وجه له، بل البعل مع النضح أقرب، وإذا كانت الأراضي متقاربة مختلفة لم يجمعها ابن القاسم في القَسم لتفاوتها، وكذلك إن تباعدت مواضعها كاليوم وتقاربت صفاتها لبعد المواضع، وجمعها أشهب لمن طلب حصته في مكان إذا كانت في مكان واحد ونمط[1] واحد، وبعضها أكرم[2] أو

---

(1) في (ي): وغطاء واحد. وهو تحريف.

(2) في (ي): أكبر – أو أكثر.

بعض الدور أعمر إلاَّ أن تكثر حصته من دار أو أرض فتجمع له في دار أو أرض أخرى، ثم يقسم الذين أرادوا التفرقة على ما تراضوا عليه، فإن تباعدت الدور: قسم مريدوا التفرقة حظهم من كل دار أو أرض، ثم يقسم مريدوا الجمع إن شاؤا، ومراده: إذا كانت متقاربة يبدأ بالقسم لمريدي الجمع، لأن ذلك الحكم وتسقط مقالة الآخرين، فإن كان مريدوا الجمع واحداً كتبت أسماء الدار وضبطت فأيها خرج أولاً فهو له، ثم يقسم للآخرين كل دار أو أرض على سهامهم بالقرعة، فإذا أخذوا ذلك بقي بقية تلك الدار والأرض على ما كانت الشركة عليه قبل أن يأخذ هذا نصيبه، ثم يجمع الباقون بالتراضي لأن من أصله أن يجوز في مثل هذا التراضي بالقرعة، وأخذ سحنون بقول اشهب في الأرض دون الدور لأن الديار[1] في لفظ واحد. وهي مختلفة النِّفَاق، وقال الأئمة: لا تقسم دار مع دار وإن تقاربت كما تكون الشفعة فيها دون غيرها، تقسم وحدها، ولأن في الجمع زيادة غرر في القرعة، لأن كل واحد يزول ملكه عن جملة إحدى الدارين بغير رضاه.

والجواب عن الأول: أن الشركة إذا عمّت فيهما والبيع، عمت الشفعة فَنقيس القسم على الشفعة فينقلب الدليل، ولأن استقلال كل واحد بإحداها أتم في الإنتفاع من الإنتفاع ببعض داره.

والجواب عن الثاني: المعاوضة والنقص بالإختلاف في الدار الواحدة، بل ها هنا أولى، لأنا إنما نجمع المتقارب وفي هذاكَ نجمع المختلف جداً.

فرع

قرية ذات دور وأرض بيضاء وشجر: تقسم الدور والأرض كما تقدم، والأشجار المختلفة كالتفاح والرمان في جنية واحدة تقسم مجتمعة بالقيمة، كالحائط فيه أصناف الثمر المختلفة، ويجمع لكل واحد حظه من الحائط في موضع أو في جنيتيْن قسمت كل جنية وحدها بالقيمة إن انقسمت. في **النكت:** قال ابن

(1) (لأن الديار) سقطت من (د).

عبدوس: الحائط فيه اصناف الثمر إنما يقسمه من هو من أهل معرفة ذلك الموضع فيقوم نخلة نخلة على ما عرف من حملها لأن الشجرة الحسنة المنظر قد يقل ثمرها وبالعكس، فإذا فرغ من القيمة جمعها وقسمها على قدر السهام فيعرف ما ينوب كل سهم ثم يقرع على أي الطرفين يبدأ، فإذا عرفه كتب أسماء الإشتراك كل واحد في رُقعة ثم يخلطها في[1]. . . . . ويعطيها نصيبها من الناحية التي أقرع عليها أعطاه شجرة شجرة حتى يكمل له ما يحصل له في القيمة[2]. وأعطى الثاني كذلك والثالث حتى ينقضي الحائط، فإن بقي للأول بعْض شجرة اشترك مع الثاني فيها بحصتيْهما، كذا تقسم النخل، وإن فضل بعضها إلاَّ بمتباين جداً فيقسم كل على حدته نفياً للغرر. قال الأبهري: يقسم النخل والعنب بالخَرص، بخلاف غيرهما من الثمار دون غيرهما لا يخرص في العادة، فيعرف بالخَرص، ولتمييز ثمرة النخل والعنب عن أصليهما فيعاين بخلاف غيرهما، قال التونسي: أجاز في **الكتاب**: قسم الأرض الواحدة وإن اختلفت نفياً للضرر، وكذلك الشجر في مكان واحد بعضها أكرم من بعض، قال اللخمي: النخل والأعناب والزيتون والفواكه لا تجمع[3] لتفاوت الغَرض فيكثر غرر القرعة، فإن تراضوا بالقرعة منع ابن القاسم، لأن الرضا بالغَرر حرام، وأجاز أشهب لأن الرضا مما يُسقط الحق، وأجاز ابن القاسم مرة في نخلة وزيتونة يعدلان ويقسمان بالتراضي، وإن لم يعتدلا تقاوماهما أو باعاهما، فجوزه للضرورة فيما قلّ كما جوزه في الأرض الواحدة بخلاف الأراضي والشجر والنخل كل صنف واحد يجمع، ويستحسن إذا كان الجيد ناحية وكلاهما يحمل القسم أن يقسم مُفرداً، والزيتون صنف وإن اختلف، وكذلك العنب، واستحسن أفراد المخالف إذا حمل القَسم، وجعل ابن عبدوس تباينهما في الأرض كتباين[4] الأرض في الكرم، وقد يحمل قوله على الإستحسان،

---

(1) مقدار كلمتين لا تقرآن في الصورتين.

(2) في (ي): في القسمة.

(3) في (ي): تجتمع.

(4) في (اي): لتباين.

وجعل ابن القاسم في **الكتاب** الفواكه كالتفاح والرمان والخوخ ونحوهما صنفاً، وقال عبد الملك: إن كانت متساوية جمعت لعدم المرجح، أو صنف أكثرها قسم ذلك الصنف على السهام، وقسم غيره مختلطاً، وحكاه عن مالك.

فرع

في **الكتاب**: الأرض فيها الشجر المفترق، تقسم مع الشجر لئلاّ يحصل شجر أحَدِهم في أرض غيره، وتقسم الأرض بين الورثة دون مجرى مائها، وتَبقى بينهم على مواريثهم، وإذا باع أحدهم نصيبه منها فشركاؤه دنية أحق بالشفعة من شركائه في الماء، والدنية أهل وراثة[1]، وإن اقتسموا الأرض خاصة فباع أحدهم حصته من الماء فلا شفعة لأنها فيما يقسم خاصة.

فائدة: في **التنبيهات**[2]: دِنْية بكسر الدال وسكون النون وبضم الدال وكسرها مقصور[3] بغيرهَاءٍ، وظاهر قوله: أن الشركة في القلد وإن اقتسموا الأرض، ومذهبه هنا وفي كتاب الشفعة: أن من باع أرضاً أو قاسم وبقي بئرها لا شفعَة له في البئر، وفي **العتبية**: له الشفعة، وأكثرهم على أنه خلاف، وقيل: لا، بل عدم الشفعة في البئر المفردة التي لا أرض لها ولا حريم، والشفعة في المحتملة للقسم على مذهب سحنون، أو فيما تعلقت به الأرض حريماً لها وفيها، قاله ابن لُبابة، قال سحنون: ومسألة القلد ها هنا: الماء[4] مشترك لقوم شركاء في الأرض، ولولا ذلك لم تكن لهم شفعة لأنها بئر واحدة، وتكون الأرض بين طوائف لكل حصة مشتركة، والْمَاءُ بيْن الجميع، فتكون الشفعة[5] بين أشراك الأرض وهم أهل قلد واحد، والآخرون أهل قلد آخر، ولا شركة لهم معهم، بل هم شركاء في أرض

(1) في (ي): وراثته.
(2) في (التنبيهات) سقطت من (د).
(3) في (ي): مقهور. وهو تحريف.
(4) (الماء) سقطت من (د).
(5) (الشفعة) سقطت من (د).

أخري، قال القاضي: وقد يحمل كلامه في **الكتاب** على هذا، أو يكون الأشراك قد اقتسموا ثم مات من له بعض شِرك في ذالك فباع بعضُ ورثته نصيبَه من الماء فأهل مورثه أحق لأنهم شركاء معه في أرضهم وقِلدهم.

فرع

قال اللخمي: أجاز ابن القاسم أن تقتسم الدار الغائبة على الصفة كالبيع على الصفة، ومنع سحنون للغَرَر، قَال: والأول أحسن إن كان الباب لا يتغيّر، وإن كان يفتح لحارة أخرى إمتنع إلاَّ أن يكون القاسم عالماً بقيمة الديار بالمحلة الأخرى لاختلاف قيَم الدور باختلاف المحلات، واشترط ابن عبدوس أن يكون من أهل المعرفة بقيمة ذلك الموضع.

فرع

في **الكتاب**: لا تقسم الثمار مع الأصل وإن كان التّمر بلحاً أو طعاماً، ولا الزرع مع الأرض بل تقسم الأرض والأصول، ويترك الثمر والزرع حتى يحلّ بيعها فيقتسمان عينهما أو ثمنهما حذَراً من طعام وأرض بطعام وأرض.

قاعدة: إذا اتّخذ جنس الربا من الطرفين وكان معهما أو مع أحدهما عين أخرى ربوي أم لا، إمتنع البيع لعدم تحقق التماثل بإمكان التوزيع على وجه ينافيه، والقَسم بيع، فروعي حالة كال الزرع. قال: ولا يقسم الزرع فدادين ولا مزارعة ولا قتاً ولكن كيلاً، وإنما يجوز بيع الزرع مع الأصل بعين أو عَرض كان الزرعُ أقلَّ من ثلث قيمة الأرض أم لا، فإذا حلّ بيع ثمر النخل والعنب جاز في القسم كيلاً لا خرصاً تحقيقاً للتماثل إلاَّ أن تختلف حاجتهم فيريد أحدهم الأكل والآخر التجفيف فيجوز الخَرص ممّن يعرفه، وعلى كل واحد سقي نخله، وإن كان ثمرها لغيره إذا كانوا قد اقتسموا الأصل قبل الثمر، لأن على صاحب الأرض سقيه إذا باع ثمرته، وإن لم يطب ثمر النخل والعنب لا يقسم بالخَرص بل يجذ ويقسم كيلاً تحقيقاً للتماثل، ولا يقسم البقل بالخرص ولا فواكه الشجر وإن اختلفت لعدم الإنضباط فيها بالخَرص.

فائدة: في التنبيهات: القَتُّ بفتح القاف: الحزم والقبض، وأصله الجمع، وكل مَا جمعتَه فقد قتته، والخَرص بالفتح اسم الفعل والمصدر، وبالكسر اسم المخروص وقال: حمل سحنون منعه قسم الزرع والبلح خرصاً مطلقاً، وأنكره ابن عبدوس وقال: إنما منعه على التأخير دون الجذ لقوله يجوز بيعُه بالخرص على الجذاذ. وفي **النكت:** البقل القائم، والزرع القائم، والبلَح الصغير الفاظ **الكتاب** فيها مختلفة، وهي سواء، تنقسم على التفصيل البين[1]. . . جذاذ[1]. . . . . . . بينهم في قسم الثمرة بالخَرص وهي مزهية أو بلح كبير دون غيره. . . . تحصيلاً لمصلحته في تمييز حقه، وإلاَّ أقدم طالب البقاء، ولا يقسم بالخَرص إلاَّ عند التراضي، والفرق: أن طالب البقاء في المزهية يقدر عليه بعد[1]. . . . . البقاء إلى الكمال يفسد القسم، قاله بعض القرويين، ولو إقتسما البلح الصغير. . . ثم أكل أحدهما حصته أو بعضهما، وأزهَى نصيبُ الأخرى انتقضت القسمة، ويرد الأول قيمةَ ما قبض على الجذّ لا على الرجاء والخوف بخلاف من اشترى بلَحاً على أن يتركه حتى يطيب، وكان البيع فاسداً، ثم جذّه، هذا عليه قيمته على الرجاء والخوف، لأنه علي الترك دخل والقاسم دخل على الجذّ، وإن اقتسما البلَح الصغير ثم تركاه حتى كبر: ففي **الكتاب:** إن اقتسماه على تفاضل أو كان إذا كبر تفاضل فسد القسم لأنهُ بيع طعام بطعام متفاضلاً، ولو اقتسما البلَح الصغير وأكل أحدهما حصته وبقي نصيب الآخر حتى صار كبيراً لا ينتقض القَسم، لأن البلح الصغير والكبير متفاضلاً جائزٌ اقتسما على تَفاضل أم لا، بخلاف مسألة **الكتاب** تركاه جميعاً حتى صار بلَحاً كبيراً. فآل الأمرُ إلى كونه بلَحاً كبيراً وهو لا يجوز التفاضل فيه، يفسد القَسم إذا اقتسما أولاً على التفاضل، أو كان إذا كبر تفاضل. قال التونسي عن مالك: تقسمُ الثمار كلها بالخَرص إذا وجد من يعرف ذلك وطاب وحلّ بيعه واختلفت[2] الحاجة، ومنع ابن عبدوس قسمة الثمر بالخرص

---

(1) كلمات مطموسة في الصورتين.

(2) في (ي): الجائحة. وهي تصحيف.

لتوقع الربا. وقال عبد الملك: أجاز أصحابنا قسم الثمار التي يستعجلها أهلها بالخرص وكره قسمة الثمار الكثيرة لعدم الضرورة، وأنكر سحنون قسم البلح الكبير[1] خرصاً إذا أراد أحدهم بيعه والآخر أكله، ولم يره اختلاف حاجة لأن الذي يبيع يجذ فقد اجتمعا[2] على الجذ، لأن تركه يبطل القَسم، وخالف ابن القاسم وأشهب. قال التونسي: يجوز قسم البلَح الكبير بالتراضي مع اختلاف الحاجة بخلاف الرطب لأن الرطب يترك حتى يثمر فلا فساد في ذلك، والبلح لا يقدر مَن لم يرد الأكل أن يتركه حتى ييبسه فكان ذلك فساداً فلم يُلزم مَن أبيَ القسم بذلك، وأجاز التراضي في ذلك وهو طعام بطعام للضرورة، ولو كان ذلك[3] تميّز حق لم ينقض القَسم بالزهو[4]، وقد نقض إذا أزهى، وانظر هل فيه جائحه لو أجيح نصيبُ[5] أحدهما؟ نَقَلها[6] عبد الملك، ومالكٌ وابن القاسم سلكا بالقسم تارة البيعَ وتارة التمييز، فأجازا قسم النخل دون زهوها وفيها ثمرة لم تؤبر، (ولو كان بيعاً امتنع لأن كل واحد باع نصفه بنصف صاحبه على أن استثنى ثمرته التي لم تؤبر[7]) وقال في البلح الكبار: ينتقض قسمه بالإزهاء وكذلك الصغير. ولو كان تمييز حق لما انتقض، لأن كل إنسان أخذ ملكه يفتصل به، وأجاز قسم البلح الصغير بالتحري لتعذّر كيله، وهو مما أصله الخَرص، فإذا خرج من حد الخطار جاز، وإن فضل أحدهما صاحبه بالأمر البيّن جاز، لأنه ليس بطعام، ولا يبقى حتى يصير طعاماً. قال ابن يونس: إذا اقتسما الثمرة كما تقدم[8] لا بعد قسم الأصول فَعَلَى كل واحد سقيُ نخله، وإن كان ثمرها لغيره، وقال سحنون: السقي على

(1) (الكبير) سقطت من (د).

(2) في (ي): اجتمعوا.

(3) في (د): كذلك.

(4) في (د): بالمزهر. وهو تحريف.

(5) في (ي): نصف، وهو تحريف.

(6) في (د): نفاها. وهو تصحيف.

(7) ما بين القوسين سقط من (ي).

(8) (تقدم) سقطت من (د).

رب الثمرة لأن القَسم تمييز حق لا[1] كالبيع فكان ما طاب[2] لها هو نصيبه، وإنما كان السقي في بيع الثمرة على البائع لأنه باعها على حياتها من الماء، ولأنه يسقي نخله، وأما من قاسم[3] أصل حائطه (دون شربه[4]) فالسقي على البائع، لأن المبتاع لا يسلم له الأصل حتى يجذ البائع ثمرتَه، قاله مالك، وقال المخزومي: على المشتري للأصل، لأنه يسقي نخله فتشرب ثمرة[5] هذا، قال ابن حبيب: تقسم الثمار كلها بالخَرص إذا بَدَا صلاحُها إذا اختلفت الحاجة إليها. وإن لم تختلف أو ييست في شجرها فلا تُقسم إلاَّ كيلاً، قاله مالك وأصحابه إلاَّ ابن القاسم لم يجز الخَرص إلاَّ في النخل والكَرم، وإنما كَرِهَ مَالك قسم ما لا يدخرُ من الفواكه خَرصاً في شجره لعدم التقابض في الوقت فيجمع هذا اليومَ وهذا غداً فيلزم غداً ربا النَّسأ، فلو جذاه جميعاً قبل التراضي جاز بالتحري في شجره بالتعديل والتفاضل لجواز[6] التفاضل فيه، ولذلك منع من قَسم البقل قبل الجذ خرصاً لعدم القبض فيصير طعاماً بطعام لا يَداً بيد، فلو جذاه قبل التفرق جاز، وقاله سحنون لقوله في قسم الزرع الأخضر وبيع فدان كُراث بفدانين، قال ابن حبيب إلاَّ البصلَ والثوم لأنهما يدَّخرَان فيمنع فيها التفاضل فلا يقسمان تحرياً أخضرين ولا يابسين، ويقسمان يابسين عدداً وكيلاً، قال ابن يونس: ليس قسمه عَدَداً يدخله التفاضل، والصواب: قسمه وزناً، قال ابن حبيب إن اختلفت حاجاتهم إليه وهو أخضر قائم بلغ الإنتفاع قسم خَرصاً كمدخر الثواب. قَالَ اللخمي: يجوز القَسم على التعديل في الثمار والتفاضل على وجه المكارمة فيذكر أحدهما خمسة أوسق والآخر عشرة، كما يأخذ أحدهما من صُبرتهما ستين والآخر أربعين إلاَّ أن يكون

(1) في (د): كالبيع، وهو تحريف.

(2) في (ي): ما صار له.

(3) في (ي): باع.

(4) سقطت من (د).

(5) في (د): فتشرب مرة هذا، وهو تصحيف.

(6) في (ي): لعدم.

فضل الكيل لمكان الزيادة، وجعل مالك البلح الصغير كالعلف فيجوز متفاضلاً، وجعله ابن القاسم كالبقل، قال: وأرَى اعتبار العدد في ذالك الموضع إن كان العلفُ، والأكْلُ، قليلاً: فهو كالعُروض، أو للأكل غيره نادراً وكلاهما كثير فكالطعام، وإذا كان كالعلف[1] جازت المقاسمة وإن لم تختلف الحاجة أو للطعام فلا إلاَّ أن يجذا معاً، ويجوز متساوياً ومتفاضلاً إلاَّ أن تختلف الحاجة فيجذ إحدهما دون الآخر، والإختلاف في قَسم الفواكه بالخَرص اختلاف في عادةٍ لافقهٍ، فمتى كان قوم لهم عادة بخَرصها جاز، وإلاَّ فلا، ومنع ابن القاسم قسم البقل إذا اختلفت الحاجة فيه كمنع مالك الخَرص فيما يجوز فيه التفاضل كالتفاح، وأجازهُ أشهب إذا بدا صلاحُه، وليس مثل الزرع لدخول التفاضل فيه، ولا يحاط به، فمنعه ابن قاسم إذا لم يعرف الخَرص وأجَازهُ أشهب إذا تباين الفضل وخرجا من حَدٌ الخَطر، وهو قول ابن قاسم في قَسم اللبن يحلب كل واحد غنماً ناحية إذا فضل أحدهما الآخر على وجه المعروف، ومنع سحنون لأنه بَيع طعام بطعام، وليس يداً بيد ولَو طلباه قبل التفرق جاز، والأول الصحيح، لأن المعروف يسقط الربا كالقرض في النقدين إلى أجَل إجماعاً، قال مالك: كل ما يحرم فيه التفاضل لا يقسم بالتحري رَطباً ولا يابساً حذراً من الربا، ومنه السمن والعسل والبيْض لأن التحري يحيط به، وكلٌ ما يجوز فيه التفاضل يجوز تحريه في شَجَره وعلى الأرض، وقال أشهب: يجوز التحري في كل ما يوزن كالخبز واللحم، لأن المكيال لا يفقد غالباً ولو بالأكف، ولا يصح قوله، لأنه لو با ع عشر حفنات بكذا امتنع، وقسمه جزافاً أقل ضرراً من الحفنات، ومتى كانت الثمار غير مأبورة لم يجز القَسم بحال، لأن إطلاقه يدخل الثمار وهي تؤل إلى الطعام، ويمتنع استثناؤها على البقاءِ بالإبار، لأن استثناء ما لم يؤبر في البيع لا يجوز، وإن كانت مأبورة أو بَلَحاً صغيراً أو كبيراً أو زهواً فإطلاق القَسم على الجَواز لعدم دُخولها وبقائها على الشركة، ويمتنع اشتراط دخولها لأنها تؤل إلي الطعام فهي طعام بطعام نسيئة، ومع التفاضل البلح

(1) في (ي): العلف.

الكبير، فإن استثني أحدهما والآخر بلح صغير أو كبير أوْ زهواً أو أحدهما بلح كبير والأخرى زهو، فإطلاق القَسم على الجواز والثمار غير داخلة في القَسم، فإن اشترط دخولها في القسم امتنع، وإن اشترط إحداهما وبقيت الأخرى على الشركة جاز، وإن كانت إحداهما مأبورة والأخرى غير مأبورة، لأن اطلاق القسم على الجواز وغير المأبورة داخلة في القَسم لمن هي في نخلِه، والمأبورة مبقاة على الشركة، وإن استثناء ما لم يؤبر ولم يدخلاها في القَسم امتنع، وإن اشترطت المؤبرة وأدخلاها في القَسم امتنع، هذا كله عند ابنِ القاسم، وقيل: يجوز جميع ذلك وهو أحسن إذا لم تبلغ إلى حد تحريم التفاضل كالبلَح الكبير والزهوِ.

فرع

في **الكتاب**: يجوز قسم الزرع قبل بدو صلاحه تحرياً على جزء مكانه إن أمكن العدل في التحري، وكذلك القصب والتبن فإن ترك الزرع حتى صار حَبّاً انتقض القَسم واقتسماهُ كيلاً، فإن حصد أحدهما حصتَه وترك الآخر حتى تحبَّب انتقضَ لإمتناع بيع ذلك على الترك إلى الطيب، ويرد الحاصد قيمةَ ما حصد فيجعل مع الزرع القائم بينهما لأن القَسم ها هنا بيع، والبلح الكبير إن اختلفت حاجتهُم إليه بأن يبيع أحدهما ويأكل الآخر قُسم تحرياً، ومن عرف ما حصل له فهو قبض، وإن لم يجده، ما لم يتركه حتى يزهي، فإن ترك أحدهما حصته أو تركاه جميعاً حتى أزهى بَطَل القَسم لإمتناع بيعه على الترْك حتى يزهي بخلاف الرطَب لجواز بيعه على الترك، قال ابن يونس: قوله: يرد الحاضر قيمةَ ما حَصد. قال أشهب: يوم أخذه لاَ على الرجاء والخوف، ولو أكل أحدهما حصتَه والآخر نصفَ حصته وبقي نصفها حَتى أزهى بَطَل القسم فيما أزهى، ورد الآكل جميع حصته نصف قيمة ما صار له، قال أشهب: يومَ جذه لاَ عَلَى الرجاء والخوف فيقسمان ذلك مع ما أزهى، بخلاف مَن اشترى نخلاً على أن يتركه حتى يطيب فيجذه بعد ازهائه، فهذا بيع فاسد، يرد على الرجاء والخوف لدخوله على الترك، ودخول القاسم على الجذ.

فرع

قال اللخمي: قَسم الأرض بما فيها من بَذر وزرع يمتنع عند مالك وابن القاسم، سواء خرج من الأرض أم لا، إلاَّ أن يبلغ حد الإطعام، وعلى قول ابن مسلمة (يجوز[1] ويختلف إذا قسم على استثناء ما غاب بها جعله ابن القاسم كالذي لم يؤبر) إن لم يبرز من الأرض، وكالمؤبر إن برز، وجعله محمد كغير المؤبر وإن خرج ما لم يستقل كالشجرة والزهو[2]، وقال عبد الوهاب: كالمؤبر وإن لم يبرز لأنه حَب[3] كامل في نفسه، ولاحظ الأول أن الأرض كالشجر والزهو، فَعَلَى قول ابن القاسم يمتنع القسم قبل البروز لإمتناع استثنائه، ولا يدخل في المقاسمة ولا يجوز عند محمد إن لم يسْبل، وسواء استثني أو دخل في المقاسمة، فإن أسبل جاز استثناؤه وامتنع إدخاله في القسم لاستقلاله، وعلى قول عبد الوهاب: يجوز استثناؤه وإن لم يبرز لأنه عين مجاوره، ويختلف إذا اقتسما ولم يشترطا في البذر ولا في الزرع: فعَلَى هذا القول يحمل القَسم على الجواز، وعلى أن البَذر باق على الشركة، وإن لم يبرز، وعلى قول محمد[4]: يكون محملها قبل البروز على الفساد، وبعد البروز على الجواز، وعَلَى أنه باقٍ على الشركة وإن لم يبرز، وعلى قول محمد: محملها على الفساد وإن برز ولم يسبل، قال: والأول أحسن، لأن البذر كسلعة أودعت في الأرض، فيحمل القَسم على الأرض دون ما فيها، فإن كانت أرضان وبرز زرع أحدهما دون الأخرى، لأن مطلق البيع على الجواز، ويكون ما لم يبرز لمن صارت له تلك الأرض، وما برز على الشركة، فإن استثنى ما برز مما في أرضه ذلك الزرع، أو نصيبه ما لم يبرز امتنع القَسم، عند ابن القاسم.

---

(1) ما بين القوسين سقط من (د).
(2) (كالشجرة والزهو) سقطت من (ي).
(3) في (ي): لأنه حق كامل، وهو تصحيف.
(4) في (ي): ابن القاسم.

فرع

في **الكتاب**: يقسم البُسرُ أو الرُّطَب بعد الجذاذ كيلاً وإن كان يختلف نقصانه عند يبسه لجواز بيعه كذلك.

فرع

في **الكتاب**: يقسم الصوف على الظهر إن جزاه إلى أيام قريبة يجوز بيعه إليها وإلاَّ فلا، لأنه بيع مجهول.

فرع

في **الكتاب**: يجمع البَز كله: الديباج وثياب الكتان، والقطن والحرير والصوف والأفْرية إذا لم يكن في كل صنف ما يحمل القَسم مفرداً، ولا يقسم مفرداً نفياً للغَرر، وقال أيضاً: يجعل الجميع نوعاً واحداً ويقسم بالقيمة كما يُقسم العبيد، وفيها العلي والدني والذكر والأنثى، وكذلك الإبل والبقر، وتجمع القمص والجبات والأردية والسراويلات في القَسم، ولا تضم البسط والوسائد مع الأمتعة والثياب، ولا تجمع الخيل والبراذين والحمير والبغال في القَسم بالسهم، بل كل صنف على حدَة، والخيل والبراذين صنف، والبغال صنف، والحمير صنف، في **التنبيهات**: اختلف في تأويل كلامه فقيل: اختلاف، قال: يقسم كل صنف وحده إن حمل القَسم كانا ثياباً أو عبيداً أو حيواناً فتكون التفرقة على هذا استحساناً، ومذهبه الآخر: يجمع الجنس كله في القَسم وان احتمل[1] كما قال في الثياب والعبيد، ومذهبه الثالث: لا يجمع شيء إلى غيره وإن لم يحتمل القَسم كان ثياباً أو دواب وراعى[2] أشهب في الجميع ما يمتنع سلَم بعضه في بعض، وراعى ابن حبيب التشابه في الأصل والصفقة كالكتان مع القطن، والصوف مع المرعز، والحرير مع الخَزِّ، لأن القرعة غرر فتُتقَى[3] بحسب الإمكان فتجعل في المتقارب

---

(1) في (ي): وان اختل.

(2) في (د): ورأى غير أشهب.

(3) في (ي): فتبقى، وهو تصحيف.

دون المتباعد، قال ابن يونس: لا يجمع اللؤلؤ مع الياقوت، والزبرجد مع الياقوت إلا بالتراضي، وقال ابن حبيب: الحرير صنف، ولا يقسم الديباج مع الحرير والخز، وفراء الخِراف[1] لا تجمَع كفراء القلنيات[2] لتباينها، ولا فراء معمولة إلى غير معمولة. قال اللخمي: اتفق المذهب على قَسم الديار والأرض بالقرعة، واختلف في غيرها من الحيوان والعروض، ومنع عبد الملك وقال: يباع ويقسم ثمنه، لأن الأصل منع القرعة لتضمنها نقل ملك الإنسان بغير رضاه، ولأن كل واحد منهما قد يكون غرضُه فيما صار لشريكه ويرجو حصوله، ولولا ذلك لم يرض، والضرر في خروج العقار عن الملك بالبيع ليس كغيره يجوز قسمُه بالقرعة، ولذلك أجزنا[3] له الشفعة دون غيره، وقال (ش): يجبر على القَسم في المثليات، والأرض لقلة الغرر بخلاف الدارين والحانوتين المختلفين، ويجبر في العبيد والدواب المستوية القيمة خلافاً لـ(ح)، ولا يجبر في المختلفات كالتركي مع الزنجي والعلو مع السفل لاختلاف الأغراض، هذا مذهب (ش)، قال اللخمي: وجَعل ابن القاسم الخيل والبراذين (صنفاً، والبغال والحمير صنفين، ومنع أشهب الخيل والبراوين صنفاً[4]) لإسلام بعضهاً في بعض، فإن كان كل قِسم لا يحمل القَسم مفرداً بِيع إلاَّ أن يتراضوا فيجوز وإن كان بالقرعة، وكذلك الخيل إذا كان فرساً[5] سابقاً لا يجمع[6] قوْله بالقرعة جبراً، وقال ابن القاسم: البغال والحمير صنف لا يُسلم بعضها في بعض، وإذا امتنع السلَم فالقَسم أولى بالجمع، لأنه جمع في السهم[7] ما يُسلم بعضه في بعض (وتجمع[8] الإبل في القسم إذا تقاربت صفاتها،

---

(1) في (د): وفي الجزاف لا تصنع، وهو محرف.
(2) في (ي): القلنيا.
(3) في (ي): ولذلك أخذ بالشفعة.
(4) ما بين القوسين سقط من (ي).
(5) في (ي): قويا.
(6) (لا يجمع) سقطت من (د) ولا بدّ منها.
(7) في (ي): القسم.
(8) ما بين القوسين سقط من (د).

يجوز اسلام بعضها بعض)، ويختلف إذا تباينت، فَعَلَى أُحد قولي ابن القاسم: يجوز اختياراً (وإن كان الجيدُ يحمل القَسم مفرداً، وعلى قوله الآخر: يمتنع إلاَّ أن لا يحمل كل صنف القسم مفرداً[1])، وعلى قول أشهب: يمتنع جبراً وإن لم يحمل القَسم مفرداً. قال صاحب **المقدمات**: اختلف فيما[2] يجمع في القسم مجرى البيع فما جاز اسلام بعضه في بعض امتنع جمعه في القرعة، وما امتنع اسلام بعضه في بعض جاز جمعه، (وابن القاسم لم يجز جعل القسم تارة بيعاً وتارة أخف من البيع، فجمع ما يمتنع اسلام بعضه في بعض[3]) كجمعه البز وهو أصناف في البيع، وتارة أشد من البيع كمنعه من جمع الخيل والبراذين، والبغال والحمير، إلاَّ أن يتأول أنه اراد إذا كان في كل صنف ما يحمل القَسم، وهو أولى ما يحمل عليه قوله، فتحصل من مذهبه على هذا التأويل ثلاثة أقوال: تجمع الخيل والبراذين والبغال والحمير إن كان في كل صنف مَا يَحمل القَسم، ولا تجمع إلاَّ أن يكون كل صنف منها لا يحمل القسم، ولا تجمع مطلقاً، وكذلك البز والثياب على هذا القياس يكون فيه ثلاثة أقوال. وأجاز أشهب جمع الصنفين تراضياً، ومثله موجود لابن القاسم في مسألة **الكتاب** في النخلة والزيتونة، وهو مشكل، لأنه إن كان غرراً إمتنع من الرضا به، وإلاَّ لزم الجبر فيه، ومدار العلماء في هذا الباب كله على التقارب ونفي الغَرر، وفي **الجواهر**: قال مطرف: البز صنوف لا يقرع إلاَّ في صنف متشابه، وإن عدل بالقيمة فالحرير أو الخز أو الصوف أو المرعز لا يضم مع التبن والكتان ولا مع البَز، ولا مع الديباج، وقال عبد الملك: القطن والكتان من البياض صنف، وإن كانت قمصاً وأردية وعمائم وجبابا.

فرع

في **الكتاب**: يقوّمُ المقوّم قيمةَ العدل ثم يسهم عليه وما خرج لزم بحكم

---

(1) ما بين القوسين سقط من (ي).

(2) في (ي): اختلف في الجمع في القسم فأجرى أشهب القسم فيما جاز الخ وهو أوضح وأتم.

(3) ما بين القوسين سقط من (ي) وفيه كلمات لا تقرأ.

الحاكم، لأن القاسم حاكم، أو لأنهم تراضوا به فهو كالرضا بالبيع يلزم، ويقسم على أقل السهام، لأنه يغني عن إعادة القَسم، فمن خرج سهمه جمع له تمام نصيبه ولا يفرق، لأنه ضرر، فإن تشاحوا في البداية بأي الطرفين أسهم عليها ثم ما خرج أسهم بعد ذلك، فمن خرج جعل من تلك الجهات وضم إليه فيها سهامه، ثم يضرب البيضاء بالسهام للباقين. فإن تشاحُّوا في أي الطرفين يبدأ فكما تقدم، فإن بقي اثنان فتشاحا في الطرفين لم ينظر الى قولهما، وضرب على أي جهات شاء القَاسم. فإذا ترك امرأته وابناً أو عصبة لم يسهم للمرأة إلاَّ على أحد الطرفين لا في الوَسط، فتأخذ أحد الطرفين والباقي للولَد أو العصبة، وكذلك إن كان الولد أو العصبة عدداً، ولا يسهم رجلين في القسم، وإن رأى ذلك الباقون إلاَّ في مثل هذا، لأن في الجمع زيادة عذر في القرعة. وقال صاحب **التنبيهات**: فأول ابن القاسم قولَ مالك: نصيب اثنين في القسم اختلفا أو اتفقا، رضيا أو كَرِها، جمعهم سهم أو فرقهم، وغيره يرى جمع كل سهم في سهم واحد، رضوا أو كرهوا، فإن شاؤا بقوا شركاء تقاسموا، وقوله: يسهم للزوجة: قال ابن كنانة: مذهبه في الزوجة وغيرها يبدأ بالسهم لصاحب السهم القليل ويجعل في طرف. وقال المغيرة: يسهم للزوجة حيث خرج بينهما، لأن الأغراض تتعلق بالجهات لمصالحَ تتعلق بها من قرب الماء وغيره، وليس إجابةُ مَن غرضه في المشرق أولَى مـمّن غرضه في الغرب، ولا معنى لِقول ابن القاسم: أن المراد بالطرفين السهام، لأن السهام إن اختلفت فالمعتبر الأقل، أو استوت فالضرب لأحدهم ضرب للجميع. قال اللخمي: إن كان مع الزوجة ابن واحد فكما قال في **الكتاب**: فإن كَثُر الأولاد فهم كالواحد يُسهم لهم سهم ثم يقتسمون إن شاؤا، وعنه: كل واحد صاحب سهم. وقال ابن القاسم: يتراضون ويُسهم لهم سهم واحد، للخلاف في ذلك، والخلاف في الأخ وابن العم مع الزوجة كما تقدّم، وإن كان أربع زوجات ضرب لهن سهم واحد اتفاقاً، فإن إجتمع زوجات وجدات وبنات وعصبة قُسم على سهم العاصب، لأنه أقلهم جزء من أربعة وعشرين، واستحسن إذا كانت تنقسم

أثلاثاً والثلث لا يَقبل القسم أن يقسم فتأخذ البنات نصيبهن، ويشترك[1] في الباقي بخلاف إذا كان القَسم على جميعهم إلاَّ العاصب يقول كل واحد: يبقى العاصب مع غيري فتبقى الشركة على حَالها لعدم المرجح إلاَّ أن يرضى أحدهم بضمه إليه، ولا يقرع على من يضم إليه لئلاَّ تتعدى القرعة محل مشروعيتها. فإن اجتمع لأحدهم سهم من ميراث بعد ميراث، أو ميراث وشراء من وارث أو من مالك متقدّم على الإرث، أو ميراث وهبة جمع ذلك كله في موضع واحد ويضرب له عليها بالسهم، وفي القَسم بين الورثة بقدر السهام لا على عدد الرؤس، فلا يفرق بين أهل سهم في القَسم، ويقسم لأهل كل سهم نصيبهم في حيز ثم يقتسمونه قسمة ثانية إن شاؤوا او يتركونه[2]. وفي **النوادر**: إن طلب أحد الإخوة للأم إفراد نصيبه في القَسم لا يجاب إلى ذلك حتى يقسم لأخوته قَسماً واحداً، لأن شفعته لأهل سهمه فيفردوا بالقَسم في حيز، ولأن المقصود بالقسم إنما هو إخراج السهام، وقد تقدّم من كلام اللخمي أن القسمة تقع مع الجدات والبنات والزوجات أو عاصب قسم على سهم العَاصب اربعة وعشرين، فقد أُفردت كل زوجة و كل جدة، فهو مخالف لقول ابن الجلاب مع أن قوله منقول في الدواوين، والظاهر: حمله على ما إذا[3] انفرد ذووا الفرائض دون عَاصب يقتضي التوزيع على أقل من تلك السهام.

وفي **الجواهر**: صفة القرعة: تكتب أسماء الشركاء في رقاع وتجعل في بناديق طين أو غيره وترمى كل بندقة، فمن حصل سهمه في سهمه أخذ حقه متصلاً في تلك الجهة، وقيل: تكتب الأسماء والجهات، ثم تخرج البندقة من الأسماء، ثم أول بندقة من الجهات فيعطى من خرج سهمه في تلك الجهة، وفي **النوادر**: تركَ ابناً وثلاث بنات ودارين، ووهبت إحداهن لأخيها ميراثها

---

(1) في (ي): ويشرك.

(2) (أو يتركوا) سقطت من (ي).

(3) في (ي): على ما أراد انفرد، وهو محرف.

لأختها من إحدى الدارين، قال سحنون: تقسم الدار خمسة أجزاء، فإذا خرج سهم الغلام جمع له سهمان، فإن خرج سهم إحداهن أخذ الثالث، ثم يسهم فيأخذ للثانية الخمس الرابع، ثم الباقي للثالثة، فإن خرج أولاً لإحداهن خرجن قبله فله الباقي، فإن وقع سهم الواهبة في الدار الموهوبة فسهمها للموهوب، أو في الدار الخرى بطلت بينهما، فإن اختلفت الداران مبنية وقاعة قسمتا مفردتين، فإن كانت الهبة في المبنية جمع للموهوبة فيها سهمان من خمسة بالقيمة، أو في القاعة فكذلك، ومتى كانت الداران لا يجتمعان في القسم، جمع للموهوبة سهمان في موضع إلاَّ أن يقتسموا التي ليست الهبة فيها.

فرع

قال صاحب **التنبيهات**: يقسم الماء بالقِلد.

فائدة: قال: القِلْد بكسر القاف وسكون اللام وهو القدر التي يقسم بها الماء، قاله جماعة، وقال ابن دريد: هو الحظ من الماء، يقال: سقينا أرضنا بقلدنا أي بحظنا، وقال ابن قتيبة: هو سقي الزرع وقت حاجته.

تمهيد: قال صاحب **التنبيهات**: اختلفَ الأصحاب في ضبط القِلد فذكروا صفات وأورد بعضهم على بعض أسئلة كثيرة، وقد جمعتُ ذلك محرراً. فقال عبد الملك وأصبغ وغيرهما: يثقب أسفل قدر بمثقب يمسكه الأمينان عندهما، وتعلق على قصرية ويصب الماء فيها مع الفجر، وكلما قرب فراغه صُب إلى الفجر من الغد، ويقسم الماء المجتمع على أقلهم سهماً أو كيلاً أو وزناً، ثم يجعل لكل شريك قدر يحمل سهمه ويثقب بالمثقب الأول ويعلق بمائه ويصرف الماء كله إليه[1] فيسقي ما دام الماء يسيل من القِدر، فإن تشاحوا في التبدئة استهموا، وقيل: هذا فاسد إذا كان بعضهم أكثر سهماً، لأن كِبَر القدر[2]

(1) في (ي): اليهم.

(2) في (ي): القلد.

يوجب الثقل وشدة الجرية أمثال[1] غيره بضغط الماء فيعين[2] صاحبُه. وإنما يصحّ من[3] تساوي الأنْصَباء، بل تجعل القدور[4] مستوية ويأخذ السهم الكثير عدداً من القدور، وأيضاً قولهم بصب الماء عند الفراغ باطل، لأن جرية الماء عند امتلاء القدر أشد، بل ينبغي صب الماء عند أول النقص، وأيضاً ينقضي الليل والنهار في القدور المفترقة قبل تمام الماء في القدر الواحدة، ويَزِيدَانِ مع القدور لأجل ثقل الماء في الواحدة، فيفضل مع القدور من الليل والنهار فضل، ومن الأشراك من لم يسق، وقال ابن العطار: بل يكفي[5] نصيب الأقل في القِلد ويسقي إلى أن يذهب فيلقى فيه مكيلة للآخر كذلك حتى ينقضي اليوم والليل، والسؤال الأخير وارد على ابن العطار، فيأخذ صاحب الماء القليل اكثر من حقه لضُعفِ جرية مائه، ويفضل من الزمان والأشراك كما تقدّم، وقال غير ابن العطار من الصقليين: لا يلتزم الليلةَ واليوم بل يبتدىء اي[6] وقت شاء أو يقرعوا إذا فرغت نوبهم وإن زاد على اليوم والليلة، وقاله ابن يونس فسلم من السؤال الأخير ومن سؤال آخر سيأتي في الليل والنهار لدوران النوَب في الليل والنهار، فَمَن سَقَى بالليل مرة سقى بالنهار أُخرى، وقال ابن لبابة: تؤخذ قِدر مستوية يثقب في جانبها ثقب بقدر الأنصباء لكل قسط ثقب بقدر مبلغ ماء[7] القسط الأول في جانبها، ويَثقب للثالث آخر[8] الثاني هكذا، فمن خرج سهمه ألقي ماؤه في القِلد، فإن أخرجت القُرعة من له ثلاثة اقساط، فتح الثقب الأول فإذا انقضى القسط الذي فوق، فتح الثاني ثم كذلك الثالث فإذا تم انقضَى سهمُه، ويرد عليه: أن خروج قسط ماء من ثَقب تحته في جانب القدر

---

(1) في (ي): امتثال غيره يضغط.

(2) في (ي): فيتعين.

(3) في (ي): مع.

(4) في (ي): القدر.

(5) في (ي): بل يبقى نصيب الأول.

(6) في (ي): أول، وهو تصحيف.

(7) في (ي): ما يسقط.

(8) في (ي): أخو.

ليس كقوة خروجه أولاً من أسفل القِلد وهو مملوء، وقال ابن أبي زَمَنِين: بل يثقب لصاحب الثلث ثقب في ثلث القدر، ولصاحب النصف في نصفها على قدر سهامهم، ويرد عليه الوارد على ابن لُبابة. قال القاضي: والذي يظهر لي ما يَسلَم من هذه الأسئلة وهو اقل عملاً وأوانيٍّ، وهو ان ينصب مع الفجر ولا يتركه ينقص، ثم يقسم ماء يوم وليلة على ما تقدّم، أو تجعل أواني تحته عَرَفْنا وزنها أو كيلها كلما امتلأت أزلناها ونصبنا أخرى مثلها وارقنا الأول وأدركنا بها نقص القِلد، ثم هكذا يتناول بين اثنين حتى يمضي النهار والليل، وقد عرفنا عدد ما ملأناه من الأواني، ونستغني بذلك من أعداد الماء في الجرَارِ للسكب في القِلد، وعن أعداد القصاري لجمع الماء، ثم نقسم ذلك، وعرفنا ما يقع لكل سهم بتلك الإثنين ويحفظها ثم يعلق القِلد مملوءاً كما فعلنا أولاً ونصبنا تحته الآنية مع الفجر وبدأنا بالأول كما تقدّم وفتحنا الثقب وكلما نقص منها شيء عوضناه علىما تقدّم حتى يعتدل عند السقي كما اعتدلت[1]... هذه الآنية فمن كانت قدر نصيبه حول الماء وجعلت الأخرى لغيره وأريقت[2] هذه واستدركت منها ما تصب من ماء القِلد ومن له اثنان أبداً ولا يحتاج إلى غيرهما، ويتعاهد القدر في كل ذلك فتذهب الإعتراضات كلها إلاًّ واحداً وهو أن السقي بالليل قد يرغب فيه لكثرة الماء فيه وسرعة جِريته لغلبة الرطوبة على الأرض والهواء ليلاً والراحة من حَر الشمس وأنه أحسن للشجر والنبات، وقد يرغب في النهار لقلة مؤنته والراحة من الظلام والسهر، ولا يصحّ جمعهما في قرعة للإختلاف، فينبغي أن يفرق القِلد فيجعل سهم الليل وحده والنهار وحده إلاًّ أن يقال: إن هذا تدعو إليه الضرورة كقسم الدار فيها بنا آن: عتيق وجديد، والأرض فيها خسيس وَنفيس. وقال ابن لبابة: أُحب إلي قسم ماء كل ليلة وكل يوم على شهور العجَم لإختلاف الليالي والأيام. قال القاضي: وهذا شاق لإحتياج كل ليلة أو يوم لمقياس أو نصف السنة ويلحق به

(1) قدر كلمتين لا تقرآن في المصورتين.

(2) في (ي): وارتقبت.

النصف الآخر. قال ابن العطار: ينظر إلى بعيد الأرض وقريبها إن كان أصل اشتراكهما بميراث أو غيره، ثم تقاسموا استوى القريب والبعيد، وليس للبعيد أن يقول: لا يُحسب عليَّ الماء حتى يدخل أرضي، لأن أرضه عند القسم قومت ببعدها عن القِلد بقيمة أقل، وإن لم يكن في الأرضين قَسم ولا اشتراك ولا كيف ملكَها إلاَّ أنهم شركاء (في الماء فلا يحسب علي البعيد حتى يدخل ارضه، وعن عبد الملك في القوم يرثون الأرض عليها ماء[1]) مأمون كثير يقتسمون الأرض وبعضهم أقرب للعين فيقل الماء فيصير يقوم بالقريب دون البعيد، فأرادوا إعادة القَسم فيمضي قَسم الأرض ويعاد قَسم الماء فيزاد للبعيد على القريب حتى يستووا فيه فيعطى البعيد أكثر، كما لو قسمت بالماء أولاً. قال القاضي: وعلى هذا لا يصحّ قسم ماء القِلد ولا قياسه ولا جمع ما يخرج منه حتى يطلق أولاً الماء إلى الأرض، وماء ثقب القِلد يجري حينئذ في الأرض مُراقاً غير مجموع ولا محسوب، فإذا ورد أرضه اشهد الشهود ببلوغه بصوت أو ضرب بشيء يبلغهم صوتَه لوقته[2] فيبْتدرون بجمع الماء في الآنية وحسابه على ما تقدّم. قال القاضي: وهذا جمع في أمر القِلد لا يكاد يوجد في كتاب مجموعاً هكذا.

النظر الثاني، في أحكام القسمة: وهي ثلاثة أقسام:

القسم الأول: في التداعي في القسمة، في **الكتاب**[3]: إذا ادعَى بعد القَسم غلطاً مضى القَسم ويحلف المنكِر لأن الأصل: عدم الغلط إلاّ أن تقوم بينة أو يتفاحش الغَلَط فينتقض لعدم الرضا به، وقال الشافعية: اذا قلنا: هي بيع. لا تنفع دعوى[4] الغلط، ولو ادعى دخول ثوب في قسمه لم ينقض إذا أشبه قَسم الناس، وحلف المنكِر، وكذلك إذا تكافأت بيّنتاهما، لأن الأصل: عدم الإختلاط والغلط،

(1) ما بين القوسين سقط من (ي).
(2) (لوقته) سقطت من (د).
(3) (في القسمة. في (الكتاب): سقطت من (د).
(4) في (ي): ذوي. وهو تحريف.

وليس كمن باع عشرة فقبضها المبتاع ثم ادَّعى البائع الغلط بالعاشر، إن كانت قائمة انتقض البيع بعد أيْمانهما بخلاف القَسم لاتفاقهما في البيع[1] على عدم دخوله في البيع، والأصل: عدم العدوان، ولو اقتسما داراً فتداعيا بيتاً ليس بيد أحدهما تَحَالفاً وتفاسخاً لعدم تعينه لأحدهما، ومن حاز البيت أو أقام بينة صُدق لرُجْحان حُجته، ومن لزمته يمين فَنَكَل لم يُقضَ لِغريمه حتى يَحلف ليكمل السبب، ولو قال كل واحد: الساحة من هنا ورفع إلى جهة صاحبه، إن اقتسما البيوت على حدة والساحة على حدة تحالفا وفسخ قَسم الساحة وحدها لعدم تعين القَسم فيها على حالة، وإن جمعها[2] القسم تَراضيا فُسخ الجميع إن حَلفا لعدم رجحان أحدهما، قال ابن يونس: قال اشهب: لا يَمين على منكِر الغَلَط كالكاتب على نفسِهِ[3] ذكرَ حق، ثم يدَّعي الغلط في المحاسبة، قال ابن حبيب: إذا ادعى الغلط بعد القسم إن اقتسموا بالتراضي بغير سهم وهُم جائزُوا الأمْر لا ينظر إلى دعوَى الغلَط كان ببينة أو بغيرها، لأنه كبيع التساوم، ويلزم فيه الغبن، فإن اقتسموا بالقُرعة قبل قولُه بالبينة وبتفاحش الغَلَط، ويرد القَسم كبيع المرابحة، ولا يعدلوا الأنصباء على البقاء على سهامهمن لكن يقسم ثانية، ولو لم يكن الغلط إلاَّ في نصيب واحد بزيادة لنقض القَسم، فإن فات نصيبه بالبناء رجع عليه من نقض سهمه بقيمة ذلك مالاً، فإن فات ببيع ولم يبين المبتاع نقض بيعه ورُد القَسم، فإن بنى رجع ناقص السهم على البائع بقيمة ذلك مالاً، فإن لم يجد عنده شيئاً رجع على المشتري بذلك مالاً، ورجع المشتري على البائع في ذمته، قال أبو محمد: كيف يرجع على المشتري وبماذا يرجع بحصة الثمن أو القيمة؟ فالذي أرَاد ابن حبيب: الرجوع بقيمة نقص سهمه، قال ابن حبيب: وإن بنَى الذي لم تقع الزيادة في سهمه وَلاَ الذي الزيادَة عنده انتقض القَسم فيما لم يبق من السهام لعدم الفوت فيهَا، وفي السهم الذي فيه الزيادة وما فات بِالبناء فما لم يقع فيه غلط مضى، وإنما

(1) في (ي): لا تفاقهما في البيع واتفاقهما على دخوله في القسم.

(2) في (ي): وان جمعا في القسم.

(3) في (د): تقسيمه.

قال في مسألة البيع: إذا كانت الثياب قائمة تحالفاً وتفاسخاً لأن الشقق الآخَر اختلفا في ثمنها فيقولُ المبتاع: ثمنها تسعة أعشار الثمن، ويقول البائع: بل جميع الثمن، فإن فاتت الثياب بحوالة الأسواق حَلَفَ المبتاعُ أنه ما ابْتاع إلاَّ عشرة، والبائع ما باع إلاَّ تسعة، ويأخذ ثوباً منها شقة[1] بحصتها من الثمن المصادق عليه، فإن فاتت بذهاب أعيانها: فإن كانت قيمة الثوب منها أكثر مما يخصها من الثمن فأقل حلف المبتاع ولزمه ما يخص تسعه، وحلف البائع. واخذ قيمة الثوب، وان كانت قيمته مثل حصته من الثمن فأقل حلف المبتاع وبريء، قال ابن عبدوس: قال أشهب في القسم: يتحالفان ويتفاسخان، قال: وأنا أقول: يقتسمان هذا الثوب نصفين بعد أيْمانهما.

قال اللخمي: دعوى الغلط أربعة اقسام: **أحدها**: أن يعدلا ذلك بالقيمة والقُرعة أو بغير قرعة، فإن[2] قال أهل المعرفة: كان ذلك سواء، أو قريباً فلا ينقض القَسم، وصدق مدعي الوهم أو الغَلَط. **وثانيها**: أن يقولا: هذه الدار تكافىء تلك الدار، أو العبد يكافىء ذلك العبد من غير ذكر قيمة بقُرعة أم لا فكَالأول،لأن مقصودَ ذلك التعديلُ وعدم الرضا بالغبن، وكذلك هذه الدار تكافىء هذا المتاع أو هذا العبد، **وثالثها**: خذ هذه الدار والعبد، وأنا: هذه الدار والعبد من غير تقويم وذكر مكافأة، فإن كان القَسم بالتراضي مضى القَسم بالغبن كالبيع إلاَّ عَلَى من قال: الغبن في البيع يُرد، وإن اقتسما بالقرعة عالمَيْن بالتفاوت فَسد القسم لاشتمال القرعة على الغبن، وفسخ قهراً، وإن لم يدع[3] لذلك، فإن طلبا التساوي جاز، والقيام في ذلك كالعيب، فإن قام به مَن عنده الغبن فسخت القِسمة، وإن رضي به مضت. **ورابعها**: الإختلاف في القسمة التي وقع عليها القَسم، يقتسمان عشرة أثواب يقول أحدهما: ستة لي بالقَسم، ويقول الآخر: بل خمسة، وخمسة سلمته

---

(1) في (ي): تسعة.

(2) (فإن) سقطت من (ي).

(3) في (ي): وان لم يدعوا للذلك.

غلطاً، فيصدق الحائز له عند ابن القاسم مع يمينه إذا أتى بما يشبه لإقراره بدخوله في القسم، والأصل: عدم الغَلَط، ولا دعائه وقوعَ القرعة فاسدة، وتصرفاتُ العقلاء محمولة علي الصحة[1] فيصدق مدعيها كالبيع، وقال أشهب: لا يمين عليه إن قال الآخر: سلمتُه غلطاً، وإن قال: سلمتُه وديعةً صدق مع يمينه أنه قاسم خمسة وخمسة، وخير الآخر بين أسلامه أو يحْلف أنه قاسمه ستة وأربعة ويتفاسَخَان ذلك الثوب وحده، قال ابن حبيب: إن اقتسما بالترَاضي لم ينظر إلى غيره، وإن كثر الغلط كبيع المساومة يلزم، أو بالقُرعة بتعديل القَسم لم يقبل قولُه إلاَّ بتفاحُش الغَلَط، ويرد القَسم، قال اللخمي: فإن أشكل القسم صدق مَن بيده السادس إن أقر الآخر أنه سلمهُ غلطاً أو للإيداع تحَالفا وتقاضى القَسم كله. وإن حاز أحدهما صدق مع يمينه، فإن نَكَل حلف الآخر وأخذه، وأما اختلافهما في حد الجدار فيقول إحدهما: الحد من ها هنا ودفع عن جانبه، وقال الآخر: من ها هنا ودفع إلى جانب صاحبه: فقد تقدّم، فإن ادعى أحدهما معرفة الحد وشكَّ الآخر صُدق مدعي العلم، واختلف في يمينه، فإن شكا قَسَما المشكوكَ فيه لعدم رجحان أحدهما.

فرع

قال اللخمي: إن[2]... ... ... القَسم ووكلا، ثم ادَّعيا غَلَط القاسم أو جَوْرَه رجع الأمر إلى السلطان فإن وجده علي التعديل مضى، فإن رضيا بالنقض استأنفا القُرعة، أو التراضي بالقسم إمتنع لانتقالهم من معلوم معين إلى مجهول مستقبل، وإن تراضيا بالنقض ليأخذ كل واحد شيئاً معيناً جاز، وإن وجدا على غير تعديله نقض كان القَسم برضا الورثة أو ببعثه من السلطان، ولم يرَ مالك قَسم القاسم كحكم الحاكم، وإن كانا معاً مُجتهدين: فالحاكم لا ينقض إجتهاده باجتهاد غَيرِه، واختلف في نقضه هو إذا تبين الخطأ: ابن القاسم ينقضه هو وغيره إذا كان خطأً

---

(1) في (ي): الصفة. وهو تصحيف.

(2) كلمة مطموسة في الصورتين.

بيناً لمخالفة النص، لأنه إنما دُعي إلى القسم بالتعديل، والغلط يعرف قطعاً، وقال أشهب: هما سواء، إذا تبين الغلَط يُرد، وإن كان مما يكون من القَسَّام جاز علي من أسهم له ينظرُ في الحصص الباقية، فإن كانت إذا أعيدت خرج علي ما هو أحسن أعيد القَسم. وينقض الأول، وكذلك قال في القاضي إذا حكم بشاذ مُباين للحق نقضه غيرُه، أو قريب لم ينقض، وإن لم يباين لم يكن لغير القاسِم نقضُه، ولا ينقضُ اجتهادُه باجتهاد غيره، واختلف هل ينقضه القاسم نفسه إذا تبين له أن غير الأول الصواب، وإن كانت[1]. . . . على السهام فأعطي بعضهم ثم تبيّن أن غير ذلك أحسن، أعيد القسم فيما اقترع عليه، ويختلف فيما مضى هل ينقض أم لا، وإذا لم يتبين الغلط حتى وقع هدم أو بناء على مَن يرجع عليه في الهدم شيء، ويختلف هل بقيمة البناء أم لا، لأنه بإذن الشريك.

قاعدة: المدعي ابراء من خالف أُصلاً كمدعي شغل الذمم، لأن الأصل: براءتها لِولادة كل أحد بريئاً كمدعي رَد الوديعة بغير بينة، وقد أخذها ببينة، فإن العادة تقتضي أنه إن أشهد عليه أشهد، وكالوصيّ يدَّعي انفاق ما يخالف العادة، والمدَّعَى عليه قوله[2] موافق للأصل كالمدعى عليه شغل ذمته، أو عرفاً كاليتيم إذا بلغ فيما تقدّم فيصير المدَّعى عليه الطالب لا المطلوب، وقيل: المدعى عليه أرجحُ المتداعيين سبباً، وهو نحو الأول، وهذه القاعدة تقرير قوله[3] عليه السلام: (**لَو أُعطِي الناسُ بدَعَاويهم لادَّعَى قَومٌ دِمَاءِ قوم وأموالهم، ولكن البيّنةُ عَلَي مَن ادَّعَى واليَمينُ عَلَي مَن انكَرَ**) فعَلى هذه القاعدة يتخرّج من يحلف ومن يطالَب بالبينة في هذا الباب وفي غيره من أبواب الفقه.

---

(1) كلمة مطموسة في الصورتين.

(2) في (ي): والموصى عليه بما يوافق أصل.

(3) رواه البخاري في تفسير سورة آل عمران، باب قوله تعالى: ﴿**إن الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمناً قليلاً**﴾ ومسلم في الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه، وأبو داود والترمذي والنسائي، عن عبدالله بن عباس.

فرع

قال مطرف: فإذا أخطأوا في القسم في الأرض فسخ ولا يعمل بينهم، ولا يقرون عليه لأنه أقامه على تصرف فاسد كإقرار البيع الفاسد، وكذلك لو لم يقع إلاَّ في نصيب واحد لأعِيد[1] ما لم يفت ببناء من الذي وقع ذلك في سهمه فيرجع بقيمة نقضه مالاً، ولو باع ولم يبين رُد البيع وفسخ القَسم. فإن بنى المشتري رجع ناقض السهم على البائع بقيمة ذلك[2]... ... ... ورجع على المشتري مالاً أيضاً، ورجع المشتري على البائع في ذمته، فلو بنى غير الزائد السهم انتقض القسم فيما لم يبن، وفي السهم الذي فيه الزيادة كما تقدّم، وما فات بالبناء مما لم يقع فيه الغَلط يمضى.

القسم الثاني: في الطوارىء، وهي خمسة بعد القِسمة وهي:

الطارىء الأول: الاستحْقاق، وفي **الكتاب**: (إذا وجد بنصيبه عَيباً وهو وجهُه أو أكثْرة رُد الجميع كالعبيد في البيع[3]) وإذا استحق اليسير كبيت من دار عظيمة رَجَع بِحصته في الثمن في البيع والقَسم، ولزم الباقي، أو الكثير رد الجميع نفياً للضرر، قال صاحب **التنبيهات**: جاءت الألفاظ مشكلة في العيب والإستحقاق، فقيل: مردودة إلى جادة المذهب، وقيل: أقوال مختلفة، وقيل: اختلفت لاختلاف الأسئلة، وقيل: أغلاط وأوهام وقعت في **الكتاب** لأن سحْنون لم يُصلِح كتاب القَسم بل تركه على أسئلة أسد بن الفُرات، وقيل: مذهبه في الإستحقاق والعيب في القَسم لا ينتقض غير[4] مذهبه في البيع ينتقض، فمن ذلك قوله: اقتسما عبدين أخذ كل واحد منهما واحداً فاستحق نصف أحد العبدين: قال: يرجع صاحبه على الآخر بربع العَبد الذي في يديه، أو بقيمته إن فات، لأنه

(1) في (ي): لا غير. ولعلّ الصواب: اعيد.

(2) كلمتان مطموستان في الصورتين.

(3) ما بين القوسين سقط من (ي).

(4) كذا في النسختين. وفي الكلام شيء.

ثمن ما استحق من العبد الذي في يديه من نصيب صاحبه، لأنه كان لكل واحد من كل عبد نصفه، فلمّا استحق يقسم هذا الإستحقاق على النصف الذي كان لك، وعلى النصف الذي اشتريت من صاحبك، فيكون نصف النصف الذي يستحق من نصيبك، ونصف النصف من صاحبك وهو الربع، فرجع به فلم يفسخ القَسم، والمستحق نصفَ حصته وهو كثير على أصله، قيل: إنما قال ذلك وإن كان يفسخ بالنصف: لأن المردود الربع ها هنا، وهو من جملة صفقة القَسم فهو قليل، وبالحقيقة[1] الربع ها هنا نصف المعارضة، ومن ذلك قوله: اشترى عبداً فبَاعَ نصفَه فاستُحق ربعه[2]، يخير المبتاع الثاني بين الرد ويرجع المشتري الأول على بائعه بما استحق عليه ممّا اشترى وهو ثمن الربع، لأن الربع المستَحق منهما، ويرجع[3] المشتري الأول أيضاً ويكون مخيراً فجعلهما يرجعان وكل واحد منهما إنما استحق ممّا في يديه الأقل، لأن المشتري الثاني إنما استحق منه الثمن، والأول كذلك إن لم يرجع عليه، والربع ان رده عليه، فهو خلاف قوله أولاً هنا على أصْله في استحقاق العبد: أنه مخيَّر بين ردّ اليسير نفياً لضَرر الشركة، فقد فرق في استحقاق اليسير من العبد المشترَى أن له الردّ لضرر الشركة، وبين مسألة القَسم، وذكر أنه إن ردّ في القَسم رجع على الشركة، فقيل: اختلاف لمسألة العبدين إذ لم يجعل له الرد، وقيل: بل الفرق: أن العَبديْن إنما الشركة بين المتقاسمين في كل وجه، وفي مسألة مشتري النصف معهم شريك ثالث وهو البائع الأول، فزاد الضرر وقسمت خدمة العبدين ثلاثة، وقيل[4]: بل لمزيد الضرر، لأنه استحق منه نصف صفته وهو كثير كطعام استحق نصفه بخلاف العبدين، قال: وهو غلط، لأن المشتري للنصف إنما استحق منه ربع صفقته كمسألة العَبديْن، وأما الدار أو الدّور يستحق بعضها فلم يختلف قولُه: أن في استحقاق اليسير يرجع بحصته من

---

(1) في (ي): وهو قليل في الحقيقة الربع . . .

(2) (ربعه) سقطت من (د).

(3) في (د): منهما يرجع ويشترى.

(4) (وقيل) سقطت من (ي).

الثمن ذهباً أو فضة لا فيما بيده إلاَّ عَلَى مَا ذَكَره فضل: أنه يرجع بيسير[1] في الثمن ولم يختلف قوله: أن القَسم لا ينتقض، واختلف قولُه في صفة الرجوع، فقال: مرة يرجع بقيمة نصف المستحق من يده، وقال مرة: قيمة نصف مثل ذلك الجزء مما بيده، وهو أصل مذهبه، وهو عدل، وقال أشهب: يرجع في العيب باليسير مما بيده شريكاً، وقال عبد المَلِك: ينتقض قسم السهام باستحقاق اليسير، فإن استحق من الدار والدور ما فيه ضرر وليس بالجُل، اضطرب جوابه، فقال مرة: إن اقتسما داراً فأخذ أحدهما رُبعهما من مقدَّمها فاستحق نصفها[2] بيده رجع بربُع قيمة ما بيده، فإن استحق نصف ما بيده الآخر وهو الثلاثة الأرباع فكذلك، وصرح بأن استحقاق النصف لا ينقض القَسم، وأنه في حيِّز اليسير، ثم قال بأثر المسألة: لا ينتقض القسم باليسير إنما ينتقض بالجُل، وقال ابن القاسم: ينتقض بالثلث، وجعله كثيراً، فقيل: رجوع عما تقدّم، وقيل: لا، والثلث والنصف كثير، وفرق ابن لبابة بين الدار والدور، فلا يراعى في الدور الكثيرة إلاَّ الجُل، وجعله مذهبَ **الكتاب** وسوَّى غيره، وقال ابن أبي زيد: مذهب **الكتاب**: لا ينقض القَسم إلاَّ بالجُل من النصيب أو ما فيه ضرر، بخلاف البيع، وقوله: يرد القسم إلا أن يفوت ما بيد صاحبه ببيع أو هدم، وذكر البناء في موضع آخر وهو يدل على ان اليَدَ يَدُ ضَمان، وأمر سحنون بطرح لفظ البيع، وقال: إذا باعوا فعليهم الثمن، وعنه: أنه فوت وعند الهدم ليس فوتاً، ويقال: جر الثلث مهدوماً، قال سحنون: هو اختلاف من قوله، وعند سحنون: لا يضمن في القَسم ما هو بأمر من الله ولا من سببه من بيع أو عتق أو هبة وإنما يطلب بثمن المبيع وعين العبد فيشارك بما يصيبه فيه إن كان موهوباً، وبقيمة ما يجب له من الشقص يقوَّم على معتقه إن عتق، ويضمِّنه أشهب بكل ما يكون من سببه دون السماوي، ولابن القاسم في كون الهدم والبيع فوتاً في القسم قولان، والأشبه بأصولهم: الفوت، ولم ير سحنون الهدم

---

(1) في (ي): يرجع يسيراً في اليسير، ولم يختلف . . .

(2) في (ي): نصف ما بيده.

والبيع والبناء فَوتاً، وقال في أم ولد المستحقة: يأخذها وقيمة ولدها لأنه قد يميل إليها فهو أحق بها، وقال أيضاً: لا يأخذها بل قيمة ولدها وقيمتها إلاَّ أن يكون في ذلك ضرر من عار أو غيره، قال ابن يونس: قول أبي محمد: يفوت العيب باختلاف الأسواق، ليس لِملك بل فوت عوضه، والعوض في القَسم أقامه ابن حبيب مقامه في البيع، وقوله في **الكتاب**: لا يأتي بحنطة معينة في القَسم إذا اطَّلع على العيب بعد الطحن لعدم الإحاطة بمقداره، بل يرد القيمة ويرد الآخر الطعام الذي أخذه أو مكيلته، ثم يقتسمان ذلك، وليس له أن يرجع بنصف قيمة العيب في حنطة صاحبه لئلاً يدخله التفاضل في الطعام، وقال أشهب: يرد الحنطة، ثم يقتسمان ذلك وحصة الآخر، وعن سحنون: يشتركان بقيمة الطحين في الدقيق وما بقي وحصة الآخر بينهما، قال اللخمي[1]: إذا كان المعيب النصف ليس له رد السالم عند ابن القاسم في مسألة الجاريتين يُستحق نصف ما في يد أحدهما، وخيَّره أشهب بين التمسّك بالباقي أورد الجميع، فإن كان العيب بأيْسَر ما في يده، له الرد عند ابن القاسم ويرجع بما ينوبه دراهم أو دنانير، وجعلهما أشهب شريكين، ونقض محمد القَسم بالإستحقاق قَلَّ اوْ كَثُر، قال: وأرى إن كان القَسم بالتراضي: فما قال ابن القاسم في جميع الوجوه أو بالقرعة قدم طالب نقض القَسم وإن قَل المعيب والمستحق، لأن تلك القُرعة غير مشروعة، وحيث له الرجوع في السالم والقسم بتراضٍ: فما قاله ابن القاسم من الفوت بحوالة الأسْواق فما فوتها من تغير أو زيادة إلاَّ الديار فلا تفيتها حَوالة الأسْواق، لأن الديار لا تُطلب للتّجر غالباً ولا تعرض للأسواق فلا تؤثر فيها، ويفيت الجميعَ البيع والهبة والصدقة والحُبُس والقَسم، وإن كان القَسم بالقرعة فقيل: بيع.

والجواب: كالأول، وقال أشهب: فَلاَ[2] تُفيتها حوالةُ الأسواق ولا النماء والنقص، بل البيع والحبس يفيتان لِتَعلُّق حق الغير ويرجع بالقيمة يوم القَسم

(1) في (ي): وقال أشهب.

(2) في (ي): لا تفيتها.

بخلاف البيع، لضمان البائع المبيع، والمقاسِم غيرُ ضامن، ويرد على اشهب الفوت[1] بذهاب اليد بعد القَسم، قال سحنون: إن باع أحدهما واستحق عبد الآخر فالثمن[2] بينهما لأنه بدَل العين وقد تعلق حق الغير بها، وإن حملت الأمة ضمن[3] يوم الحمل لأنه وقت سبب الفوات، وعند أشهب: يوم القَسم لأنه يوم وضع اليد، وإن وهب أو حبس جَازَ في نصيبه على أصل سحنون، ويأخذ شريكه نصيبه من الموهوب له إن كان مما ينقسم قاسمَه، وإن أعتق ضمن قيمة نصيبه يوم القَسم على أصل سَحنون، يقوَّم نصيبُه ليقوم عليه شريكه يوم التقويم إن كان ملياً، واتَّفق أشهب وسحنون إذا لم يخرج من اليد: أن النَّماء والنقصان بينهما، وليس بِفَوت، فإن خرج ببيع أو هبة أو صدقة أو حبس أو عتق: فعند أشهب فوت، والقيمة يوم القَسم لأن الشريك سلطه، وقال سحنون: فوت والقيام يوم الفوت، وعنه يرجع في الهبة إن وهب أو تصدق كالمستحق، وإن أعتق فالإستكمال في العتق يوم الرجوع، فَإن فاتَ بعد العتق وقَبل الرجوع لم يضمن صاحبه على أحد قولي سحنون.

فرع

في **الكتاب**: إذا بَنَى أحدهما أو غَرَسَ، ثم استحق نصف نصيبه فذلك فوت، وكذلك ان استحق نصف الذي لم يبن، ويرد غير البَانِي ما بقي، والثاني قيمة جميع نصيبه، ويقسمان ذلك إن كان المستحق كثيراً وإلاَّ تَرَكَ القَسم ورَجَع بنصف قيمته لبقاء وجه الصفقة، ونَقَضَه (ش) وابن حنبل مطلقاً لِوقُوعِ القَسم على غير معدل، وقال (ح): لا ينتقض مطلقاً بل يخير المستحق منه بين فسخ القَسم لِكونه على معدل وبين الرجوع على الشركاء توفية لحقه، ولا يتعيّن[4] الفسخ

(1) في (د): الموت.

(2) في (ي): والثمن . . . لأنه بذل.

(3) (الأمة) سقطت من (د) وهي ضرورية.

(4) في (ي): ولا يتبين.

لعدم دخولهما على عدم التعديل ابتداء. لنا: أن التفرقة بين القليل والكثير جمع بين المدارك فتكون أولاً، ولو وقع في نصيب الثاني[1]: فإمّا يدفع المستحق قيمة البناء قائماً لأنه وضعه غيرَ متعد، إلاّ رَجَع الآخرُ[2] بقيمة الأرض لأنه ليس بغَاصب، قال بن القاسم: متى استحق كثير رجع بنصف قيمة ذلك (فيما بيد صاحبه شريكاً فيه، فإن لم يفت أو يسير رجع بنصف قيمة ذلك)[3] ثمناً نفياً لضرر الشركة، وإن اقتسما دُوراً بأسهم أو بالتراضي فاستحقت واحدة أو وجد بها عيب وهي جُل النصيب أو أكثره ثمناً انْتَقَض القَسم كالبيع، وإن كانت العشر رجع بنصف عشر قيمة ما بيد الآخر ثمناً، ولاَ يرجَع فيه على[4] الإستحقاق ويردها في العيب، ويرد الآخر عشر قيمة ما بيده يكون ذلك مع الدار المعينة بينهما.

فرع

في **الكتاب** : إقتسما جاريتيْن فاستحقت إحداهما بعد الاستيلادِ فلِرَبّها أخذُها لأنها عين مالِهِ، وقيمة ولدها لأنه نَشَأ عن ماله وتَخلَّق على الحرية، فامتنع أخذُ عينه، وقيمتُه تقوم مقامه، ويرجع الشريك[5] على صاحبه بنصف الجارية الآخر[6]، فإن فاتت بتغيير سوق فما فوقه فنصف قيمتها يوم قبضها، وبه اخذ ابن القاسم في البيع، ثُم رجع مالك في البيع إلى هذا، ومنع أخذها لتضرر المشتري بالعار بأخذ فراشه، ولكن قيمتها وقيمة ولَدها، قال ابن القاسم: لو[7] رضي المستحق بقيمتها ليس للولد الإمتناع[8] على قول مالك صوناً للحرية فيها، وللمالية عن الذهاب،

---

(1) في (د): الباقي.
(2) في (د): الأرض. وهو تصحيف.
(3) ما بين القوسين سقط من (د).
(4) في (ي): في.
(5) في (د): الشرك.
(6) في (ي): الأخرى.
(7) في (ي): ولو.
(8) في (ي): الانتفاع. وهو تصحيف.

ويعطى قيمة ولدها وقيمتها يوم الإستحقاق لأنها لو ماتت قبله لم يلزم المبتاع قيمتها، لأنه لو لزمته لكانت ملكه فلا يلزمه قيمةُ ولدها. قال اللخْمي: يعود المقال بينهما في الجارية الثانية: فإن كان القسم بالتراضي أو بالقرعة على القول أنها بيع: فَعَلَى مَن هي في يديه نصف قيمتها يومَ قَاسَم، واختلف على أنها تمييز حق: قال بن القاسم: يومَ قاسم، وقال سحنون: يوم حملت إن كان موسراً، فإن كان مُعسِّراً فَعَلَى قول ابن عَبدُوس في العبد يعتق: يكون على الشريك قيمته[1] يومَ التقويم يكون للشريك أخذ نصف الأمّة، ويتبع بقيمة نصف الولَد لأنه أنزله في العتق منزلة نصف قيمَةِ المستحق، ويكون له نصفه في العتق على أصله في العتق إذا كان معسراً، وكذلك الأمة، قال صاحب التنبيهات: اختلف في قوله: إلاّ أن يكون عليه ضرر. فقيل: على المستحق منه وقد وقَع مصرَّحاً به في الأسَدِية فقال: إلاّ أن يكون[2] في إسلامها ضرر، وقاله أشهب، وقيل: على المستحِق، لأنه قد يكون يحبها[3] أو يكون المستحَقُّ منه مُعدِماً.

فرع

قال ابن يونس: جَعل ابنُ القاسم إذا اقتسما كل واحد منهما عبداً فاستحق نصف عبد أُحدهما رَجَع على صاحبه بربُع عينه ان استحق نصفه إن كان قائماً، وإلاَّ فَبِرُبُع قيمته، بخلاف المبتاع يرد باستحقاق اليسير لضرر الشركة في منع السفر والوطْء، والفرق: أن في قَسم العبدين لم يبع أحدهما عبداً كاملاً، بل ضرر الشركة كان قبل القَسم، قال ابن عبدوس: جعل كل واحد يضمن ما بيده أن لو مات عَبدُ أحدهما واستحق الآخَر لتغريمه القيمة يوم القَبض، كَمَن باع عبداً بعبد، قال سحنون: وهذا خلاف أصل مالك، والقَسم خلاف البيع لأنه لو طرأ دَيْن لم يضمن من مات عنده، قال ابن عَبْدوس: إذا جعل له الرجوع على (من مات عنده

(1) في (ي): نصف قيمته.
(2) (يكون) سقطت من (د).
(3) في (د): حبها.

ثم طرأ ديْن: فإن أمرت[1] أخذ نصف القيمة أن يعطيه في الديْن ضَمن مَن[2] ماتَ) عبد في يديه لرب الدين، وأصلُه: عدمُ ضمان الميت بيده لأهل الديْن، وإلاَّ ورثت مَعَ قيام الديْن، ولو كان القَسم بيعاً لكان لمستحق العبد إجازة البيع في نصفه وأخذه نصف الآخر، لأنه ثمن نصف عبده. قال سحنون: إن باع أحَدُهما عبده واستُحق عبد الآخر: فالثمن بينهما، ولو أحبل الأمة ضمن قيمتَها يومَ حملت، لأنه يوم تعين الفوات، وعند أشهب: يوم قاسم، لأنه يوم وضع اليد، وإن بنى ضمن نصف قيمة ما قبض عند ابن القاسم، وقال سحنون: يقتضي قول ابن القاسم: يشاركه في قاعة ما بَنَى ثم يتعاملان في البناء، فلو قسما خَشَباً فعمل نصيبه أبواباً: قال سحنون: ليس بفَوت، لأن مالكاً قال: النسجُ في الغزل، والطحن في الدقيق ليس فوتاً، وقال فيما إذا اغتل العبد ثم استحق الآخر رَجَع في العبد الآخر وفي غلته، قال بن عَبدوس: إن كان بأيديهما بغصب فغَلَتُه للمستحق، أو بشراء خيِّر المستحِق مَن بيده في التمسك فيما بيده من الغَلة وعدم الرجوع على شريكه، ولا يرجع الآخر عليه بشيء، وبين رد الغَلة فكانت مع العبد الباقي فغَلَته بينهما نصفيْن، وعن مالك: ثلاثة أخوة اقتسموا ثلاثة أعبُد فمات أحدهم واستُحق الآخر فالهالك عبدُه لا يرجع، ولا يرجع عليه، والمستحَق عبدُه على الثالث بثلث عبده، وللباقي عبدُه الثلثان، قال أشهب: فلو كان القَسم بيعاً لرجع مَن استُحق من يده على الـهَالك عبدُه بثلث قيمته، قال أشهب: فإن رجع العبد المستحَق على بائعه بثمن، فثلثا ذلك الثمن، وثلث العبد الباقي للمستحق منه، وثلث الثمن الباقي للذي العبدُ في يديه، قال ابن عبدوس: هذا إذا كان الثمن مثلَ قيمته يومَ القَسم، فإن كان أكثرَ: فالزائد يرجع فيه الهالك عبدُه بثلثه، ولا حجة له في مقدار الثمن، لأن مصيبته منه.

---

(1) كذا في (د) وهي من جملة الساقط من (ي).

(2) ما بين القوسين سقط من (ي).

فرع

في **الكتاب**: إذا أخذ الموصَى لَه ثلث الدار فبناه، ثم استُحق فللمستحق أعطاؤه بُنيانَه وإلاَّ أعطاه هذا قيمةَ أرضه، فإن أعطاه قيمة البناء وهو أقل ممّا أنفق لحوالة سُوق لم يرجع بنقض ذلك على الورثة ولا غيرهم وينتقض القَسم فيقاسم بقيمة الدار إلاَّ أن يفوتَ ببناء أو بيع فيرجع عليهم بقيمة الدار قبضوها يقتسمون تلك القيمة، فإن فاتت بهدم فليس له إلاَّ ثلث ذلك مهدوماً مع ثلث النقض، وإن بيع من النقض شيء فله ثلث ثمنه دون القيمة، لأن المستحِق في البيع لا يتْبع المبتاع إذا هَدَمَ إلاَّ أن يبيع النقض فعليه الثمن، وكذلك الأمة إذا عَميت، قال ابن يونس: قال أبو محمد: أُنظر قوله: إلاَّ أن يفوت ما بيَد الوَرَثة ببيع يرجع عليهم بقيمة الدار، ثم قال: إن بيع النقض قائماً يرد الثمن، وقال قبل هذا: إذا أصاب بنصيبه عيباً وهو جلّ ما بيده يرده، وفات ما بيَد أصحابه بيع ردوا إلى القيمة فما الفرق؟ وقال سحنون: الأصل: الرد إلى الثمن في هذا كله، وقال صاحب **المقدمات**: إذا قسموا بالقرعة، ثم طرأ استحقاق على أحد، أو وجد معيباً: فقال عبد الملك: ينتقض القَسم قبل الإستحقاق أم كثر فاتت الأنصباء، أو هي قائمة ومصيبة التالِف من جميعِهم كلحوق الديْن، وقال ابن القاسم في **المدونة**: لا ينتقض إلاَّ إن يستحق الجُل من النصيب، أو ما فيه ضرر، ويرجع المستحَق منه على إشراكه على حكم البيع في القيام والفوات، كان الفواتُ باستهلاكٍ أو استحقاق أو إخراب أو أمر سماوي، والقول لأشهب، لا يضمن في الإستحقاق في الأمر السماوي، وفي **الجواهر**: إذا استحق بعض المال شائعاً لم ينتقض القَسم واتبع كل وَارث بقدر ما حاز إليه من حقه ان قدر على قَسم ما بيده من ذلك، ولا يتبع المليء بما على المعدِم، وإن استحق بعض معيّن: فقال ابن القاسم: إن كان كثيراً رجع بقدر نصف ذلك فيما بيد صاحبه يكون به شريكاً فيما بيده إذا لم يفت، وإن كان المستحَق يسيراً رجع بنصف قيمة ذلك دنانيرَ أو دراهم، ولا يشارك صاحبه، وهذا قول مالك، وعن ابن القاسم: إذا اقتسموا الدور فاستحق من نصيب أُحدهم شيء، فإن كان الذي استحق أو وجد به عيب هو جُل ما في يديه أو أكثر ثمناً انتقض القَسم وإلاَّ

ردها وحدها، ورجع على شريكه في الإستحقاق بنصف قيمة ذلك مما في يد صاحبه، ثم قال ابن القاسم: في الدار الواحدة مخالفة في القَسم للدور الكثيرة لدخول الضرر فيها في السكن والبناء، وقال أشهب: إذا استحق بعض نصيب أحدهما أكثره أو أقلّه فيه مضرّة أم لا، رجع على صاحبه بنصف ما استحق فيما في يد صاحبه، فكان شريكاً به، ولا ينقض القسم إذا فات الباقي في يد المستحَق منه بالبناء، لا يقدر على رده.

الطاريء الثاني: العيب، وفي **الكتاب:** إذا وَجَد بنصيبه عَيباً وهو وجههُ أو كثرهُ؛ ردّ الجميع كالبيع وابتديء القسم، وقاله الشافعي، وابن حنبل قال: يخيّر بين الأرش والنقض كالبيع عنده إلاّ أن يفوت ما بيد صاحبه ببيع أو هبة أو بناء[1] أو حبس أو صدقة أو هدم أو لا، فيرد قيمته يوم القبض فتقسم القيمة مع المردود، ولا تقيت حوالة الأسواق، والدار كالبيع، وإن كان المبيع[2] الأقل لم ينقض، فإن كان سبع ما بيده رجع بقيمَة نصف سبُع ما أخذ ثمناً، ثم يقتسمان هذا المعيب، وكذلك لو اقتسما على التراضي جنساً أو أجناساً.

الطاريء الثالث: الديْن، في **الكتاب:** إذا قسم بين الورثة الحاكم لا يأخذ كفيلاً بما يلحق من ديْن، لأن الأصل: عدمُه، فلا يلزمهم ما لا دليل عليه، فإن طرأ ديْن انتقضت القِسمة بغير قاض لوقُوعها غير محررة، لأن الميراث بعد الدين، وقال ابن حنبل: لا ينتقض بطروْ الدّيْن لأن تعلّق الديْن لا يمنع تصرّف الورثة كتعلّق درك[3] الجناية برقبة الجاني، فإن كان صاحب الديْن غائباً فاقتسموا أو جهلوا الديْن أو تقديمه على القَسم: ردّ القسم حتى يوفى الديْن إن كان المقسوم قائماً، فإن أتلف بعضهم حظه: قال ابن يونس: يريد: أو عدم فَلِرَبّ الدّيْن أخذه من الذي بقي حظه، ويتبع الوارثُ بقيةَ الورثة ببقية إرثه، ويضمن كل وارث ما

(1) (أو بناء) سقطت من (ي) (أو حبس أو صدقة أو هدم أولاً) سقطت من (د).

(2) في (ي): المعيب. وهو الصواب.

(3) في (ي): دين.

أكل أو استهلك، وما باع فعليه ثمنُه إن لم يحاب، وما مات بأيديهم أو هلك بأمر من الله تعالى فلا ضَمَان، لأن أيديهم مؤمنة شرعاً، وإذا جني على الرقيق بعد القسم قبل لحُوق الديْن، ثم لحق اتبعوا كلهم الجاني لانتقاض القَسم بلحوق الديْن.

قاعدة: أسباب الضمان ثلاثة: الإهلاك، كإحراق الثوب، أو التسبّب للهَلاك كحفر البئر، أو وضع يد غير مؤمنة[1] كَيَدِ الغاصب، أو قابض المبيع الفاسد، وقولنا: غير مؤمنة خيرٌ من قولنا: اليدُ المتعدية حَذَراً من البيع الفاسد وغيره، قال ابن يونس: قال أشهب: ما يغابُ عليه يضمن للتهمة، وقال سحنون: لحوق الديْن لا ينقض القَسم لأنه تمييز[2] حق لا بيع، والديْن شائع فيما بأيديهم، وهو على قدر مواريثهم، لأن أحدهم قد يكون غُبن في القَسم أو تغير سُوق مَا بيده فيؤدي أكثر ممّا بيده، بل يقوَّم ما بيد كل واحد يوم البيع للديْن ويُقسم عليه الديْن، ولكل واحد افتكاكُ ما يباع عليه بدفع ما ينوبُه، لأن المقصود دفع الديْن، ولهم أغراض في أملاك موروثهم فيقدمون على البيع، وقاله (ش)، وإذا كان في البيع من نصيب كل واحد ضرر على صاحب الديْن لطوله وما بيَد أحدِهم أحْضر[3] ثمناً بيع ما هو أنجز، ورجع على أخْوته بنائبهم من الديْن يوم قضاه، قال أشهب: إنما يتبع الورثة الجاني إن أخذ الديْن من جميعهم، فإن أخذ من أحدهم رجع وحده على الذي صار له ذلك العبد بما يصيبه من العبد، وله من الجناية بقدر مصابه من العبد، مثل أن يترك ثلاثة بنين وثلاثة أعبد، قيمة كل عبد مائة، فقُتل عبدُ أحدهم فباع الغريم أحد الباقيين، رجع من بيع عبده على أخيه القائم وعلى الجاني بثلث قيمة العبد المجني عليه، ورجع عليه صاحب العبد المجني عليه بثلثي قيمته، ولَو أخذ الغريم من كل واحد من الأخوين نصف الديْن لرجعوا كلهم على الجاني أثلاثاً. فهذا

(1) في (ي): مأمونة.
(2) في (د): تميز.
(3) في (د): أخص.

القول جعل الدين كالاستحقاق، ومذهب سحنون أن رَبَّ الديْن يأخذ ما بِيَدِ الورثة ولا يرجعوا على المجني[1] على عبده بشيء، بل على[2] الجاني بحصة ما يلحق قيمةَ العبد المجني إذا فضّ على جميع ما بأيديهم، ويرجع المجني على عبده على الجاني بما بقي، مثل أن يكون قيمة المقتول يوم القَتل خمسين، وقيمة كل عبد بِيَدِ أخْوتِه مائة، والديْن مائتان فيبيع[3] العبدين اللذين بيد الأخوين، فإن الأخوين يأخذان من الجاني أربعين وأخوهما[4] عشرة، ولو كان كالإستحقاق رجع الجميع أثلاثاً، قال اللخمي: وإن طرأ وارث على ورثة أُخذ من كل واحد قدر ما يصير عليه من ميراثه، وليس له على هذا الذي بقي في يديْه مال الميت إلاَّ ما يصيبه لو لم يُتلف ما أخذ أصحابه، قاله ابن القاسم وجعل الجواب في غريم على الغرماء كذلك ليس على المُوسر إلاَّ ما ينوبه لو كان بقية الغرماء مياسير، والطاريء ثلاثة: غريم ووارث وموصَى له، فالغريم يصح رجوعُه على كل مَن وضع يده على تركة الميت من غريم ووارث وموصَى له، والوارث على الورثة وعلى الموصَى لهم، وكذلك الموصَى له، وأما الغريم فإن طرأ على الغرماء بانفرادهم لتقدمهم ولم يفضل عنهم شيء أو على الورثة لأنه لم يتقدّمه غريم أو تقدم وفضل عنه ما يوفيه بيد الوارث، أو على الورثة والغرماء، لأن الباقي لا يوفي دينه، فالأول يرجع على أولئك الغرماء دون الورثة إن لم يعلموا بديْن الطاريء، ولا كان موصوفاً، فإن أعسر بعضهم أو غاب لم يرجع على الـمُوسر الحاضر إلاَّ بما ينوبه إن كان الغرماء حضوراً مَيَاسيرَ، والغريم الطاريء على ورثة، فإن اغترق الدين التركة، وهي عين قائم بيد الورثة أخذه، فإن أكل ضمن، أو ادَّعوا الضياع لم يصدقوا لأن العين يغاب عليه، فإن قامت بينة برأهم ابن القاسم لانتقاء التهمة ، وضمَّنهم أشهب على أصله في العواري أن اليدَ يَدُ ضَمان، قال: والأول أحسن لأن هذا استحقاق،

---

(1) في (ي): ولا يرجعوا على عبده بشيء.

(2) في (ي): بل الجاني بحصته مما يلحق . . . وفيه سقط.

(3) في (د): فيتبع، وفي (ي): العبد اللذين.

(4) في (د): وأحدهما.

والإستحقاق لا يضمن مع البينة إلاَّ أن يحبسوا ذلك لأنفسهم مع علمهم بالدَّين، والميت موصوف بالدَّين، فإن أوقفوا ذلك للغرماء عند أمين أو أحد الورثة وهو مأمون برئوا، وإن لم تشهد بينة بالأصل: فإن كان الدَّين يغترق بعض التركة وكلهم حاضر مُوسر غيرَه، أخذ من يد كل واحد ما ينوبه لا الجميع من واحد، فإن كان مُعسراً أو غائباً أو ملداً أخذ الجميع من الحاضر الموسر غير المُلد واتبع المأخوذ منه أصحابه، فإن كانت التركة دياراً واقتسمُوا عالمين بالدَّين: قال مالك: فسدت القسمة ونقضت رضي الورثة بقضاء الدَّين أم لا، لقوله[1] تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ وقبل القَسم جائز يتعلّق به حق آدمي فإذا رَضُوا بقضاء الدين لم يُنقض، وإن رَضي أحدهم ببقاء القسم وقضاء ما ينوبه وامتنع غيرُه نُقض القَسم واستؤنف في الباقي، فإن كان لا يبقى بعد قضاء الدَّين شيء قدم من طلب قضاء ما ينوبه إذ لا قَسْم صحيح بَعدَ قضاء الدَّين يرجع به، وقال أشهب وسحنون: القَسم جائز إذا كان المقسوم موجوداً، ويفض الدَّين[2] على ما في أيديهم بالحِصَص، وإن كان الدَّين يغترق نصف التركة، وفي يد أحدهم ثلث التركة، وفي يد الآخر الثلثان: بيع نصف ما في يد كل واحد إلاَّ أن يكون على الغريم في ذلك ضرر لقلة الرغبة في شراء البعض، أو يكون نائب أحدهم أحضرها فينقض القَسم، قال اللخمي: وعلى قوله: لو بَنَى أحدهم في نصيبه وقيمتُه مائة فصارت مائتين لَبيع منه لِلغريم ربعُه لأنه نصفه قبل البناء[3] إلاَّ أن يشاء الرجوعَ بنصف قيمته يوم المقاسمة، وقيل: يومَ بَنَى، لأن البناء فوت، فإن انهدم ما في يد أحدهم ولم يبن الآخر نُقض القَسم، وليس الانهدام فوتاً، وإن قال أحدهم: لا أرُدُّ القَسم وأقضي جميعَ الدَّين قدم ولا ينقض كالأجنبي، فإن اغترق الدَّين جميعَ التركة وقد هَلَك ما في يد أحدهما لم يضمن قَسَما بالقرعة أم لا، لأن مقال الغريم من باب نَقض القَسم وهو كالإستحقاق فلا يضمن، ولا يضمن الأخُ لأخيه شيئاً لأنه لا يستحق ميراثاً

---

(1) (النساء: 11).

(2) في (ي): ويفض الرق.

(3) (البناء) سقطت من (د) وهي ضرورية.

إلاَّ بعد الديْن، فلو رجع الأخ على أخيه بقيمة نصف ما قَبَضه إن اقتسما بالتراضي رَجَع الغريمُ أخذه[1] منه لتقديم الديْن على الميراث، وكذلك إذا اغترق الدين جميعَ الباقي وبعض الهالك لم يضمن[2] من هلك بيده شيئاً، فإن اغترق بعض الحاضر والقَسم بالقرعة فقال: لا يرجع مَن استحق ذلك بيده، ولا يرجع عليه، وأرى أن القَسم تمييز حق، وهو بمنزلة ما لو قضي ذلك الديْنَ أجنبي، وقيل: يرجع عليه ولا يرجع[3]، وقيل: هو بيع فيرجع وَلاَ يرجع عليه، فإن كانت التركة عيناً وديارا، أو كان في العين وفاء بدين الطاريء قُضي الديْن من العَين ومضي القَسم في الدار، ولا قول لَمن اراد نقضه، وإن كانت عيناً وعروضاً وديارا وقسمت قضي الدين من العين والعروض لأنهَا أقرب بيعاً، ومن حق الغريم تَبدئتُه بالأسْرع؛ ومضى القَسم في الديار لعدم الحاجة للنقض، وإن اقتسموا دياراً أو عبيداً فانهدم ما أخذ أحدهم، أو حدث بالعبد عيب بيع جميع السالم لأنه أقرب بيعاً وَرَجع على أخيه فقاسَمه تلك الدار والعبد على ما هو عليه من انهدام أو عيب، قَولاً واحداً، وإن بِيع نصف السالم فكان ردّ النصف الباقي وانتقال النصف أفضل له، وأراد ردّ ذلك لِغَرض[4] له في الردّ، أو اختار التمسك لأن ذلك أفضل، فَلَه ذلك على أحد القوليْن، وقيل: لأخيه الرجوع عليه، قال صاحب **المقدمات**: طروُّا لغريم على الغرماء والوارث على الورثة والموصَى له على المُوصى لهم حكمهم سواء، يتبع الطاريء كل واحد منهم بنائِبه، ولا يأخذ المَلِيء بالمعدِم، وإن كان المقسوم لم يَفُت منه شيء لم ينتقض القَسم في المكيل والموزون، لعدم الحاجة للنقض، وينقض في الحيوان والعُروض لما يدخل عليه من الضرر بتَبْعيض حَقه، وفي ضمان كل واحد للطاريء ما ينوبه مما قبض إن قامت البينة على التلَف من غير سببه قولان، وعلى الضمان

(1) في (ي): أخوه. وهو تصحيف.

(2) (لم يضمن) سقطت من (د) ولا بدّ منها.

(3) (ولا يرجع) سقطت من (د).

(4) في (ي): بعوض له الراد. وهو محرف.

فالقيمة[1] يومَ القبض بالتفويت بالبيع والهبة والصدقة والعتق ونحوه، وعلى عدم الضمان: لا يضمن بهذه الأسباب، ويلزمه الثمن في البيع، ويصدق في تَلف ما لا يغاب عليه دون ما يغاب مع يمينه[2] وعلى مذهب أصبغ: يضمن في العين وحده فتكون ثلاثة اقوال، وطروء الغريم على الورثة أو على الموصَى لَهُمْ بالثلث وعلى الورثة وطروء الموصى له بعد على الورثة فهم سواء فينتقض القَسم عند مالك لِحَق الله تعالى، ولا ينتقض عند أشهب، واختلف قول ابن القاسم: فعنه: ينتقض بين جميعهم ويخرج الديْن ثُمَّ يُقسم الباقي، ويكون النقضُ بالموت أو الجناية أو حوالة سوق أو غيره من الجميع، أو[3] يخرجوا الديْن من عندهم فيتم القَسم، أو يتطوّع أحدهم بجملة الديْن، وليس لأحدهم إخراج نائبه من الديْن، ويتمسّك بنصيبه من القَسم إلاَّ برضاهم لتحقق الغَبن[4] في القسم إلاَّ أن يَثبت الديْن بشَهادَة أحدهم مع يمين الطالب، فلبقية الورثة إخراج الديْن من عندهم ويقرّون القَسم، لتهمتهم إياه في نقض القَسم لِيزداد حظه أو لِغَبْن[5] حَصَلَ له، أو نقضه بأمر سماوي، قال: مطرف[6]: وفيه نظر لأن التهمة تبطل شهادته، وقاله أشهب، وعنه: إنما ينتقض بيَدِ مَن بقي حظه او بعضه بيده، أو استهلكه أو شيئاً منه، وأما من تَلف جميع حظه بأمر سَماوي فلا يرجع عليه بشيء من الديْن، ولا يرجع هو معَ سائر الورثة فيما بقي من التركة بعد الديْن ووافق ابن حبيب قول ابن القاسم الأول، إلاَّ أن يريد أحدهم فك نصيبه بنائبه من الديْن، إلاَّ أن يتلف شيء ممّا بيد بقية الورثة، إلاَّ أن يتركهم في ضمان التالِف نَفياً للغَبن في القَسم، واتفق أشهب وسحنون واختلفا في فض[7] الدين: فقال سحنون: على قيمة ما بِيَد كل واحد منهم

(1) في (د): بالقيمة.
(2) (مع يمينه) سقطت من (د).
(3) في (ي) أن.
(4) في (ي): العين. وهو تصحيف.
(5) في (ي): أو بغبن. وهو تحريف.
(6) (مطرف) سقطت من (ي).
(7) في (د): مضي، وكتب بالهامش: نقض.

يوم الحكم، وقال أشهب في أحد قوليه: على الأجزاء التي اقتسموا زادتْ أو نَقَصَتْ ما لم تتلف، وعلى قولهما: يثبت الديْن بشهادة أحدهم مع يمين الطالب أم لا لعدم انتفاع الشاهد بشهادته، ولا خلاف أن الورثة لا يضمنون بالقَسم التالفَ بأمْرٍ سماوي إذا لحق الديْن فيلزمهم أن يردوا، ويضمنون أكلهم[1] وما استهلكوه وأنفقوه، واختلف في ضمَانهم بالإحداث كالبيع والهبة والصدقة والعتق: فضمَّنهم ابن حبيب، فيردوا ولا يرجعوا على الموهوب له، ولم يضمنهم أشهب، فيرجع صاحب الديْن على الموهوب له، ولا لَه على المشتري شيء إلاَّ أن يحابي، فحكمُ المحاباة حكم الهبة، ويصدقوا في تلف الحيوان الذي لا يغاب عليه لعدم التهمة في أيْمانهم بخلاف العُروض التي يغاب عليها، واختلف في العين والمكيل والموزون من الطعام إذا شهد بِتَلَفِه، على ثلاثة أقوال: البراءة، وعدمها – وهو ظاهر قول ابن القاسم – والفرق بين العين والمكيل والموزون.

تنبيه: قال: والإختلاف في انتقاض القَسم مبني على الخلاف في الدين الطاريء هل يتعيّن في عين التركة، أو هو متعلّق بذمة الميت نظراً إلى خراب الذمة بالموت وصَون الديْن عن الضياع أو نظراً للاستصحاب؟ وينبني عليه اختلاف قول مالك فيمن يبدأ باليمين في ديْن المتوفى هل الورثة أو الغرماء؟ **قلتُ**: واختلف العلماء إذا ترك مالاً وديناً: فقيل: على ملكه حتى يوفى الديْن، وقيل: على ملك الورثة، لأن سبب الملك الحاجة العامة، إذ لو بقيت الأشياء شائعة لتقاتل الناس عليها فَجَعل الشرعُ ترتب الأملاك على الأسباب الخاصة دافعاً لهذه الفِتَن، فالجنين لما كان ميتاً شرعاً وهو بصدد الحاجة في حياته ملك الصدقة والأموال إجماعاً، والميت لم تبق له حاجة عَامَّة فلا ملك، **حجة الأول**: قوله[2] تعالى: ﴿**مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ**﴾ فجعل مِلك الورثة بعد الديْن، ويرد عليه أن المغيّا هو المقادير لا المقدر[3]، ومعناه: أنه لما بيّن أن للزّوْجة الثمنَ مثلاً قال: لا تعتقدوا أنه

(1) في (ي): كلهم.
(2) (النساء: 11).
(3) في (ي): المقدور.

من أصل المال، بل من الذي يفضل بعد الدّيْن، وهذه قاعدة، وهي: أن اللفظ إذا سيق لأجل معنى حُمل على الذي سيق له لا على غيره، كما قال مالك والشافعي لأبي حنيفة رضي الله عنهم في قوله[1] عليه السلام: (**فيما سقَت السماءُ العَشْرُ**) قال (ح): في الخضراوات الزكاة، قالاَ له: هذا خَرج مَخرج بيان الجُزء الواجبِ لا الواجبِ فيه.

فرع

قال صاحب **المقدمات**: طروءُ الغريم على الغرماء والورثة ينظر: إن[2] كان فيما أخذه الورثة كفاف الغريم الطاريء رجع عليهم على ما تقدّم من رجوع الغريم على الغرماء.

فرع

قال: طُروءُ الغريم على الموصَى له بأقلَّ من الثلث، وعلى الورثة إن كان ما قَبض الموصَى له يخرج من ثلث ما بقي بعد ديْن الغريم الطاريء، فلا رجوعَ للغريم عليه لتعيُّن حقه في جهة غيره إلاَّ في عدَم الورثة، وإن كان لا يخرج من ثلث ذلك فيرجع بالزيادة على الثلث على من وجد منهم ملياً، فإن حقه تعجل دَيْنه فلا يتبع المعدم، وأما قِلد الثلث فلا يرجع به على الموصَى له إلاَّ في عدم الورثة على ما تقدّم.

قال: ومسائل الطواريء إحدى عشرة مسألة: الغريم على الغرماء، والوارث على الورثة، والموصَى له على الموصَى لهم، والغريم على الورثة، والغريم على الموصَى له بالثلث، وعلى الورثة، والموصى له بعدد على الورثة، (والغريم على الغرماء،

(1) رواه البخاري في الزكاة في عدة أبواب، ومسلم في فاتحة الزكاة. ومالك في (الموطأ) عن أبي سعيد الخدري.

(2) في (ي): ينظران فيما أخذه الورثة، وان لم يكن له رجوع على . . . . فان لم يف الدين رجع على . . . . على ما تقدم من رجوع . . . . ومكان النقط كلمات مطموسة لا تقرأ.

والموصَى له بعدد على الموصَى لهم، وعلى الورثة[1])، والموصَى له بجزء على الموصى لهم بجزء، وعلى الورثة، والغريم على الموصى له بأقلَّ من الثلث، وعلى الورثة، والموصى له بجزء على الورثة. وقد تقدّم أكثرها وتأتي بقيتها إن شاء اللّه تعالى.

نظائر: قال العبدي: يلزم الضمان – إلاَّ أن تقوم بينة – في ست مسائل: المقسوم من التركة بين الورثة، ثم ينتقض القسْمُ بالديْن أو بغلَط وقد تلف، وهو مما يغاب عليه، والصناع، وعارية ما يغاب عليه، والمبيع[2] بالخيار مما يغاب عليه، ونفقة الولد عند الحاضنة، والصداق ممّا يغابُ عليه وأدعت المرأة تلفه، ووقعت فيه الشركة بالطَّلاق.

فرع

في **النوادر:** عن مالك: التركة ألف والديْن مائتان باع وارث بعض التركة، ردّ بيعه لتعلّق الديْن بالجميع تعلق الرهان، وقال سحنون: ينفذ إن وفى الباقي الديْن، وقد قَالَ مالك: إن حلف بحرية رقيقه ليقضين دينَه إلى شهر فهُو ممنوع مِن بيعهم لتعلّق حق الحرية لهم، فإن باعَهم وقضى الديْن قبل الأجل نفذ البيع، لأن ما من أجْله يُردّ البيع قد زال بالقضاء.

فرع

في **الكتاب:** إذا أقرّ أحدهم بعد القَسم بدَين: إن كان عَدلاً حلف الطالب واستحق، فإن اتهمه الورثة في نقض القَسم دفعوا الديْن وتمّ القَسم، وإلاَّ نُقض وأعطى الديْن وقسم الباقي، فإن أخرجوا نائبهم وابَى المقر إلاَّ النقض، لزمهُ إخراجُ نائبه، أو بيع نصيبه[3]، لأن غرضهم[4] صحيح في استيفاء عين مال الموروث، وإن أقر قبل القَسم حلف الطالب وامتنع القَسم إلاَّ بعد الديْن، وعن مالك في

(1) ما بين القوسين سقط من (ي) ولعلّ فيه تكراراً.
(2) في (ي): والبَيعُ.
(3) في (د): بعينه.
(4) في (ي): علمهم.

الورثة يبيعُ بعضهم من بعض فللإبن[1] ما بيد الورثة[2]، ولا يأخذ ما اشترى بعضُهم من بعض لضمانهم ثمن ذلك حتى يستوفي الدين، فإن لم يكن عندهم شيء اتبعوا به ديناً.

الطاريء الرابع: الوارث بعد القَسم، في **الجواهر:** إن كان الورثة أملياء والتركة عَيْن، أخذ من كل واحد ما ينوبه، فإن وجد أحدهم مُعسراً: قال ابن القاسم: ليس له أخذ الموسر بالمعسر قياساً على وضع يد الأجنبي. وقال أشهب: يقاسم[3] الموسرَ في جميع ما صار له أن لو[4] لم يترك الميت غيرهُمَا، ويتبعان المعسر، ورأى أن القَسم فاسد، وإن لم يعلموا بالطاريء، وظاهرُ مذهب عبد الملك أنه جائز إلاَّ أن يعلما بالطاريء فيفسد لدخولهم على عدم تحرير القَسم. وأصل ابن القاسم: ليس لأحد الشريكين قَسم العَين دون شريكه، وأمضى القَسم[5] ها هنا لما كان غير عالم، ولو كان عالماً لم يجُزْ، وَأصل أشهب: الجواز، فإن كانت التركةُ عقاراً: داراً واحدة اقتسماها نصفين، خير بين إجازة القَسم ومشاركتهما، وبين رده فيجمع له سهمه، وإن كانت داريْن فأخذ كل واحد داراً فليس له ردّ القَسم، بل يشارك كل واحد في داره (فإن[6] اغترق بعض الحاضر والقسم بالقرعة: فقال: لا يرجع من استحق ذلك بيده، ولا يرجع عليه، وأرى أن القسم تمييز حق) لأنه لو حضر القَسم لم يكن له إلاَّ المشاركة، وإن كانت أكثرَ من داريْن استؤنفَ القَسمُ ليُجمَع لَهُ سَهمُه فيسلم من ضرر الشركة.

الطاريء الخامس: طروء الموصَى له، ففي **الجواهر:** جَعله ابن حبيب كالغريم لتقدّم الوصية على الميراث، وقال ابن القاسم: إن أوصى له بالثلث فكالوارث، لأنه ذو

---

(1) في (د): فللدين.

(2) في (ي): ما بيد المشتري.

(3) في (ي): القاسم.

(4) في (ي): ان لم يترك.

(5) في (ي): القاسم.

(6) ما بين القوسين سقط من (د).

سهم مثله، أو بدنانير أو طعام فكَالغَريم، قال صاحب **المقدمات**: الموصَى له بعَدَدٍ إن كان ما أخذه الورثة زيادة على الثلثيْن وهو كفاف الوصية الطارئة فلا رجوع له على الموصَى لهم، وإن لم تكفِ وصيتُه رَجَع بتمامها على الموصَى لهم كما تقدّم في رجوع الوارث على الورثة، وطروء الموصَى له[1] بجزء وعلى الورثة[2]. قال: إن أُخذ الورثة زيادة على الثلثين تكف الطاريء لم يرجع إلاّ على الورثة، لأن حقه في أيديهم، وفيه خلاف ابن حبيب وابن القاسم، وإن لم يكن فيها كَفافُ[3] الطاريء رجع بالباقي على الموصَى لهم، لأن بقية حقه في أيديهم، وقال الشافعية: الوصية بغير[4] العين كالديْن توجب[5] (النقض إلاّ أن يوفوه، وبالمعين كالإستحقاق، والإستحقاق من نصيب أحدهما يُبطل القَسم في النصيبين أو في أحدهما أكثر فيخرج) الصفقةَ عندهم.

القسم الثالث: في أحكام متفرقة. قال صاحب **الإستذكار** عن مالك: إن الكِتَابيّين إذا أسْلَموا اقتسموا على مواريثهم في الكفر وإن كانت ظُلماً، وغير الكِتابيّين ينتقل حكمهم بالإسلام، وعنه: انتقال الجميع، وقاله (ش) و(ح) والجمهور، لقوله[6] عليه السلام في الموطأ: (**أيُّما دَار أو أرض[7] قُسِمت[8] في الجاهلية فَهِيَ عَلَى قَسْم[9] الجَاهلية، وأيُّما دَار أو أرض أدركَها الإسلامُ وَلَمْ تُقسَم فَهي عَلَى قَسْم الإسْلام**) فهل يخص بقرينة قوله عليه السلام: الجاهلية، أو يعم الكفار لعموم اللفظ[10].

---

(1) في (ي): الموصَى له لم يجز. وهو تحريف.

(2) في (ي): وعلى الورثة النقض الاّ أُن يوفره الثلثين يكف الطارىء . . .

(3) في (ي): كفافاً لطارىء. وهو لحن.

(4) في (د): بعين. وهو تصحيف.

(5) في (ي): يوجب عليهم تفريق الصفقة عندهم. وما بين القوسين ساقط منها.

(6) تقدم تخريجه.

(7) (أو أرض) سقطت من (ي).

(8) في (ي): أقسمت.

(9) في (ي): حكم.

(10) في (ي): الكفار. وهو خطأ.

فرع

في **الكتاب**: يقسم على الغائب مع الحاضر لأن القَسم على مُقر، بخلاف القضاء على الغائب، لأنه منكر، ويقسم القاضي دون صاحب الشرطة لأنه الناظر في أموال الغائبين، قال اللخمي: قال أشهب: إن أصاب وجه الحكم جاز، لأنه حاكم كالقاضي، ويقيم الحدود، وقال مالك في بعض وُلاة المياه ضرب لامرأة المفقود ثلاثَ سنين ثم أمرها بالنكاح، ثم جاءت إلى والى المدينة، قال: فضرب لها سنة تمام الأربع ونفذ حكم الأول، قال: والأول أظهر، لأنه ليس بِسؤال لِذلك فهو كالأجنبي.

فرع

في **الكتاب**: الحَالف ليقَاسمن، أحب إلي الرفع للقاضي يقسم بينهم خوفاً من الدلسة. في **النكت**: قيل: الدلسة: إظهار القَسم للخروج من اليمين، فإذا قسم انتفت، وقيل: خوفاً من غَبْن الحالف فيؤدي إلى النقض فلا تبرُّ اليمينُ إن كان لأجَل أو نحوه.

فرع

في **الكتاب**: إذا قلعت الريح نخلة لك في أرض رجُل، أو قلعتها أنت فَلَك غرس نخلة أو نحوِها من سائر الشجَر لا تكون أكثر استيلاءً أو ضرراً على الأرض، لأن لك منفعة ذلك الموضع، فَلَك[1] أخذه على الوجه الذي استحققته، ولا تغرس نخلتين لأنه غير المستحق، وليس له منعُك أو وكيلِك من الدخول للجِذاذ أو غيره لدخوله على ذلك، وإن كانت ارضه مزرُوعة فَلَكَ السلوك مع من يجذها من غير ضرر، ولا تجمع نفراً يَطَأونَ زَرعَه، ولو كان لك في وسط أرضه المزروعة ارض فيها رعي لمْ تسلك بما يشتدّ لعظم الضرر، ولك الدخولُ للاحتشاش لعدم الضرر، وإذا كان لكل نهر ممرّه في أرض قوم لا تمنعهم غرس حافتيْه شجراً لأنه لا

---

(1) في (ي): قال. وهو تحريف.

ضرر عليك، فمنعه ضرر، وإذا كَنَستَ بئرك حملت على سنة البلد في طَرح الكُناسة، فَإن كان الطرح بضفتيْه[1] لم تطرح ذلك على شجرهم إن وجدت مكاناً، وإلاّ فَبَيْن الشجر، فإن ضاق ففوق شَجَرهم لتعيُّن ضررك، وصاحب الحق مقدم على الطاريء، قال اللخمي: يريد: يغرس مكان النخلة نخلة أو غيرها: ما لا يضر بباطن[2] الأرض بانتشار العروق أو أقوى فيهلك ما يجاوره، ولا يضُرُّ بأعلاه بكثرة الفروع، فيمنع الشمس عن الأرض، فتقِل منفعتُها. وعن ابن القاسم فيمَن خرج في أرضه عِرق شجرة غَيره في مكان[3] آخر: إن لم تكن له فيه منفعة ولا مضرة بقي لِصاحب الأرض إلاّ أن يكون لو قلع له ثمن الخشب أو الحطب فيأخذ قيمتَه مَقلوعاً، قال عيسى: وإن كان إقرارُه مضراً باصل شجرته التي هو منها لم يقره إلاّ أن يرضى صاحبُ الشجرة، قال اللخمي: فإن لم يرضَ وكان إن قطع في الأرض بين الفرع والشجرة نبت، قطع واعطي قيمتَه مَقلوعاً، وإن كان بنبت قطع وأخذه صاحبه، وجعل ابن القاسم حق صاحب النهر في موضع جريان الماء خاصةً، والحافتين ملكاً لصاحب الأرض يغرسها إن أحب[4]، ولا يطرح الآخر عليها إلاّ العادة، ولصاحب النهر منعُ صاحب الأرض من غَرس حافتَي النهر إذا أضرّ بشربه للماء لأصول الشجر بغوص[5] عروق الشجرة في النهر فتضرّ بجريانه.

فرع

في **الكتاب**: يباع من الدار بقدر الديْن قبل القَسم لتقدّم الدين على الميراث إلاّ أن يعطي الورثةُ الديْن لتعلّق حقهم بعين التركة، وحق الغريم إنما تعلّق بالمالية. فهم مقدمون في العين وهو مقدم في المالية.

(1) في (د): بضفتيه. وفي (ي): تصفيته.
(2) في (ي): بناظر.
(3) في (ي): جنان.
(4) في (ي): أراد.
(5) في (د): بعرض.

فرع

قال ابن يونس: لا يقسم القاضي حتى يثبت عنده الموت وحصْر الورثة ومِلك الميت للمقسوم، كان فيهم صغير أم لا، ولا يقضي بالقَسم بتقاررهم، وإن كانوا بالغين ولادَين على الميت، وكذلك غيرُ الورثة من الشركاء، ومشهور الشافعية مثلنا، ولهم القسم[1] بإقرارهم، ويكتب لهم القَسم بقولهم، وقال (ح) بالقول الثاني في غير العقار، وفي العقار إن نسبوه إلى غير إرث[2]. فإن نسبوه إلى ارث: فلا بدّ من البينة لاعترافهم بأنه انتقل من يد الغير، ونحن لا نعلم صحة تلك[3] اليَد، ولا صحة قولهم للميت لاعترافهم حتى يثبت موته، أما إذا اقتصروا على يدهم فاليد ظاهرة في الملك فتكفي، وجوابه: أن اليد قد تكون بإجارة فيتصرّف الحاكم في أموال[4] الناس بغير مستنَد شرعي وهو فساد عظيم، وقال ابن حنبل: لا يشترط الثبوت إلاَّ في قَسم الجَبر لأنه حكم، والحكم بالجبر يعتمد مستنداً شرعاً.

فرع

في **الكتاب**: إذا لم يرضَ أحدهم بما[5] خَرج لزمه، لأن قَسم القاسم كحكم الحاكم لا ينتقض، وإن كره الخصوم، وإن قالوا: غلطتَ، أو لم تَعدل، أُتم قَسمه، ونَظرَ الإمامْ فإن وجده صواباً وإلاَّ رَدَّه، ولم يرَ مالك قَسمَ القاسم كحكم الحاكم، قال صاحب **المقدمات**: القَسم من العقود اللازمة إذا وقع فيما يجوز قسمُه على التراضي أو القرعة بوجه صحيح، ولا ينقضها أحدهم ولا يرجع عنها.

فرع

في **الكتاب**: إذا ورثا نخلاً وكَرماً لم يعرفاه أو عرفه أحدهما لم يجُز التراضي

---

(1) في (د): يقسم.

(2) في (ي): وارث.

(3) في (ي): ونحن لا نعلم صحة قولهم، ويحتاط للميت حتى يثبت موته.

(4) في (ي): أملاك.

(5) في (د): فما.

يأخذ أُحدهما والآخر الآخر إلاَّ أن يوصفا لهما، لأن هذا بيع يمنعه الغرر، ويجوز قَسم الدار وصفت لهما لجوازها بيعاً، فأَولى القسم لِجوازِه بالقُرعة، ويمتنع شراء ما تخرجه القُرعة، قال ابن يونس: قال سحنون: لا يقسم إلاَّ بالتراضي ليلاً ينضمَّ غَرر الغَيبة لغرر[1] القرعة بخلاف البيع فيه غَرر واحد، والقسم يعتمد التقويم، فكيف يقَوّم بالبلَد البعيد؟ وقد تكون السوق حالت أو[2] انهدمت.

فرع

في **الكتاب**: يجوز اشتراط الخيار في القَسم فيما يجوز فيه البيعُ وكثرة الخيار وقلته، وهو لازم، ويبطل بالتصرّف كالبيع.

فرع

قال: دار داخلها لقوم وخارجها لقوم[3]، وللداخلين الممر، فأَراد الخارجون تحويل الباب إلى ما لا ضرر على الداخلين معه لقربه، فذلك لهم، وإن بعد منعوا، ولهم منعُهم من تضييق الباب نفياً للضرر، ولو قَسم الداخلون فأَراد أهل كل نصيب فتحَ باب لنصيبه إلى الخارجين مَنَعَهم الخارجون إلاَّ من الباب الأول، قال ابن يونس: مَنع سحنون تغيير الباب مطلقاً إلاَّ منعُهم الأبواب، كان الحائط الذي تغلق[4] فيه الأبواب لهم أو للخارجين، لأنه خلاف ما وقَعت عليه[5] القِسمة.

فرع

في **الكتاب**: إذا اقتسما كل واحد طائفة من الدار فمن صارت له الأجنِحة فهي له، ولا تعد من الفِناء، وإن كانت في هواء الأفْنية، بل تعد من البناء، لأنه في معناه، وفِناء الدار لهم أجمعين يرتفقون فيه.

---

(1) في (ي): لضرر.
(2) في (د): وانهدمت.
(3) في (ي): للآخرين.
(4) في (ي): تعمل.
(5) في (ي): فيه.

فرع

قال: إذا اقتسموا الدار وتركوا الساحَة[1] مرتفقاً: فكل واحد أولى بما بين يدي باب بيته، ولا يطرَح حطبَه ولا عَلف دوابه بين يدي باب غيره إن كان في الدار سعةٌ، وإن وقع بعض ذلك جاز إلاَّ أن يضرّ.

فرع

قال: إذا اقتسموا الفناء[2] والساحة رفعوا الطريق ولا يعرض فيها أحدهم لصاحبه لأنها من المصالح العامة، وإن اقتسموا على أن يصير كل واحد بابه ناحية أخرى ولا يدعوا طريقاً بتَراضٍ جاز، لأنه حقهم، وإن اقتسموا البناء، ثم قسموا الساحة ولم يذكروا رفع الطريق فَوَقَع باب الدار في حظ أحدهم ورضي، فإن لم يشترطوا في القَسم أن طريق كل حصة فيها الطريق بينهما على حالها، لأنه العادة، ومالك باب الدار لمن وقع .في نصيبه، ولباقيهم[3] فيه الممرّ لأنه عادتهم لم ينقضوها بشرط. فإن اقتسموا الساحة وهي واسعة يقَع لكل واحِدٍ ما يرتفق به وَلاَ يَخرج إلاَّ من باب الدار. واختلفوا في سعة الطريق جعلت سعة الحمولة: قال ابن يونس: قال ابن حبيب: إذا لم يذكرُوا الطريق عند القَسم أعيد[4] القَسم على معرفة مخرج كل سهم وما لم يشترطوا قَطع الطريق، لأن القَسم حينئذ ليس من قسم الناس، وكذلك لو اقتسموا داراً بتراضٍ بلاَ سهم أو به فصار مجرى مائها في نصيب أحدهم: قال اللخمي: إذا لم يكن لأحدهم مكان يفتح فيه امتنعت القسمة بالقُرعة وبالتراضي إلاَّ على بقاء الطريق، لأنها قسمة المسلمين.

فرع

في **الكتاب**: إذا تراضيا بأن لأحدهما دُبُرَ الدار وللآخر مقدَّمها على عدم

---

(1) في (ي): العرصة مرفقاً.

(2) في (د): البناء.

(3) في (د): ولبانيهم.

(4) (أعيد القسم) سقطت من (ي) ولا بدّ منها.

الطريق للداخل على الخارج جاز[1] إن كان له موضع يصرف له بابه وإلاَّ فلا للضرر، وكذلك أخذ العلو على ان لا طريق في السفل.

فرع

قال: يخيَّر الممتنع من القَسم فيما ينقسم، وإن لم ينقسم خُير الممتنع من البيع، وله أخذ الجميع بما يعطي فيه، لأن من حق الشريك أن ينتفع بملكه سالماً عن ضرر الشركة أصلاً أو ثمناً، وقد تقدّم خلاف (ش).

فرع

في **النوادر**: قال ابن القاسم: وَجَد أحدُهما في نصيبه جُباً يُعادُ القَسم لعدم تعديل الملك، فإن فات ببناء فللآخر[2] قيمةُ نصف ذلك كبيوت وجدها أسفل بيوت لم يعلم بها. وقال سحنون: إذا وجد بئراً عادية فهي له دون شريكه، وكذلك الغمد والصخر، وكذلك المشتري، قال سحنون: كلٌّ ما وُجد قديماً ليس من تركة الميت فَلِوَاجِدِه، والذهب والفضة والنحاس كالكَنز، إن كان بأرض العَرب فلواجِدِه[3]، أو عنوة فللفاتِحين لها فإن جهلوا فللمساكين من تلك البلَد، أو صُلحاً فللذين صُولِحوا، وقال ابن نافع: الكنز كله لواجِده، وَهذا الفرعُ ينبني على أن مَن مَلَك ظاهر الأرض هل مَلَك باطنها أم لا؟ وفيه قولان في المذهب.

فرع

قال: قال مالك: لا تقسم التركة حتى يوضع الحمل ليعلم عَلَى أي جزء تقسَم، وكَمْ التركة، ولا ينظر للاستبراء بل حتى يظهر، ولو أبطأ الحيض ومضى الاستبراء لا تقسم حتى يتبيّن، فإن الحامل قد تحيض فيضيع نصيب الجنين من غير ضرورة.

---

(1) (جاز) سقطت من (د).

(2) في (ي): فللأكثر. وهو خطأ.

(3) في (ي): فلو أجده عنوة. وهو تحريف.

كتاب الشفعة

قال صاحب التنبيهات: هي بسكون الفاء مشتقة من الشفع ضد الوتر، لأنه يضم المأخوذ لملكه، وقيل: الشفعة: الزيادة، والآخذ يزيد ماله بالمأخوذ، قال[1] الله تعالى: ﴿مَن يَشْفَعْ شَفَاعَةً حسنةً﴾ أي مَن يَزدَدْ عَملاً صالحاً إلى عمله، وقيل: من الشفاعة لأنه يستشفع بنصيبه إلى نصيب صاحبه، وقيل: بل كانوا في الجاهلية إذا باعَ أحدهم حصتَه أو أصلَه أتى المجاور شافعاً[2] إلى المشتري ليوليه إياه، واصلُها مَا في الصحاح: (**قَضى[3] عليه السلام بالشُّفعة في كُل مَا لَم يُقسَم، فإذَا وَقَعت الحدودُ وصُرفَت الطُّرق فَلا شُفعَة**).

وفيه ثلاثة مقاصد: الشفعة في المشترك، وسقوطها في الجوار لأن الحد بين الجارين حاصل، وأنها في الرباع دون العُروض والحيوان، وفي مسلم[4]: (**الشفعة في كل شِرك لم يقسم: رَبع أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أَخَذَ وإن شاء تَرَكَ، فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق**) فَجَعَلَها قبل البيع.

وفيه ثلاثة أبواب:

---

(1) (النساء: 85).

(2) في (ي): بشفيع.

(3) رواه البخاري في الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم، ومسلم في المساقاة، باب الشفعة، عن جابر بن عبدالله.

(4) في المساقاة، باب الشفعة، والترمذي في الأحكام، باب اذا حدت الحدود فلا شفعة، والنسائي وأبو داود وغيرهم، عن جابر بن عبدالله مرفوعاً.

الباب الأول
في
الأركان

وهي أربعة: الآخِذ، والمأخوذ، والمأخوذ منه، وما به الآخذ.

الركن الأول: الآخِذ، وهو كل شريك في الملك، وفي **الكتاب:** للذمي الآخذ، باع المسلم من مسلم أو ذمي كالمسلم، فإن كان الشريكان ذميّيْن لم أتعرض لهما إلاّ أن يترافعوا إلينا، لأنا لا نتعرض للذمة إلاّ في التظالم[1]، وهذا سبب مِلك كالبيع، ووافقنا (ش) و(ح) في استواء الذمي والمسلم في الشفعة، وخالفنا أحمد، لنا: عموم النصوص المتقدمة، ولأنه لو أعتق شقصاً من عبد بينه وبين مسلم قُوِّم عليه كالمسلم فيستويان ها هنا بجامع أحكام الملك، وقياساً على الردّ بالعيب في البيع[2] بجامع نفي[3] الضرر، ولأنها من حقوق المال فيستوي فيها الذمي وغيره كخيار الشرْط، وامساك الرهن، والمطالبة بالأجل في السَّلَم وغيره. احتجّ بقوله[4] عليه السلام: (لاَ شُفعةَ لِنصْرانِي) ولقوله[5] تعالى: ﴿وَلَنْ يجْعَلَ اللهُ لِلكَافِرِين

---

(1) في (ي): المظالم.

(2) في (ي): المبيع.

(3) في (ي): باقي. وهو تحريف.

(4) رواه الدارقطني في (العلل) والبيهقي في (السنن الكبرى 6/109–108) في باب رواية ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة، ورواه الخطيب في (تاريخ بغداد 13/465) من طريق نائل عن سفيان الثوري، قال ابن عدي: أحاديث نائل مظلمة جداً، وهذا منها، وقد صحّ عن الحسن البصري من قوله.

(5) (النساء: 141).

عَلَى المُؤمِنِينَ سَبِيلا﴾ وشفعتُه سبيل، ولأنه ليس إحياء الأرض المَوات لما فيه من تفويت الرقَبة على المسلمين، فأن لا يأخذَ بالشفعة أولى، لأن الإحياء لم يتعلّق به حق معين، والشفعة ثبت الملك فيها لمعيَّن.

والجواب عن الأول: منع الصحة، سلَّمنا صحتَه، لكن يُحمل على الجار أو على شفاعته عليه السلام.

والجواب عن الثاني: أن معناه: بغير سبب شرعي، أما بالسبب الشرعي فله المطالبة إجماعاً كقبض المبيع من المسلم والديْن[1] وغيرهما.

والجواب عن الثالث: الفرق: بأن الإحياء تفويت الرقبةِ على المسلمين بغير بدَل، والشفعة بدلُها الثمَن، مع أنه رُوي عن مالك: له[2] الإحياء في بلد المسلمين إلاَّ جزيرَة العَرب.

تفريع: قال التونسي: قال ابن القاسم: إذَا بَاع المسلم من ذمي لا يأخذ الذمي، فإن باع نصراني من نصراني فللمسلم الأخذ، لأنه حكم لمسلم، فإن باع بخمر أو خنزير فبقيمة الشقص عند أشهب لتعذر ردّ الثمن، ولا قيمةَ للخمر، وبقيمة الخمر عند ابن عبد الحكَم، وهو أشبه بمذهب ابن القاسم، لأنه مما يضمن بالقيمة عند استهلاكه للنصراني، وعند عبد المِلك: إذا استهلكه المسلم لنصراني لا قيمة عليه، قال ابن يونس: قال أشهب إذا كان الثلاثة ذمة لا شفعة، وإن ترافعوا إلينا، لأن الشفعة ليست من باب التظالم عندهم إلاَّ أن يكون أحدهم مسلماً، قال صاحب **النوادر:** في **الموازية:** قال ابن القاسم: إذا كان الشريكان نصرانييْن فباع أحدُهما حصته قَضَيْنَا بالشفعة إن ترافعوا إلينا، قال سحنون: إذا حُبس المرتد فإن تَاب فلَه الشفعة، وإن قتل فهي للسلطان يأخذها إن شاء لبيت المال أو يترك، وقبل التوبة هو محجور عليه.

---

(1) كذا في النسختين، ولعلّها: الذمي.

(2) (له) سقطت من (ي) ولا بدّ منها.

فرع

في **الكتاب**: ثلاثة إخوة أحدُهم لأب باع أحد الشقيقين فهي للأخَوين لأن ميراثهم كلهم بالبنوة، ولو ولَد أحدهم أولاداً ثم مات فشفعةُ الأولاد بينهم دون الأعمام (لأنهم أهل ميراث واحد، فإن سلموا فهي للأعمام، فإن باع أحد الأعمام فهي[1]) لبقيتهم مع بني أخيهم لدخولهم مدخل سهم، وإن ترك ابنتين[2] وعَصَبة قُدمت إحداهما على العصبة لأنهما أهل سهم، فإن سلمت فللعصبة، وَلو باع أحد العصبة فهي لبقيتهم وللبنات والأخوات مع البنات كالعصبة، فإن كانت الدار بين شريكين فمات أحدهما وترك عَصبة فباع أحدُهم فبقيتُهم أحق من الأجنبي، لأنهم أهل سهم، فإن سَلّموا فهي للشريك، فإن ترك أختاً شقيقة واختين لأب فأخذت النصف والأخريَان السدس فهي لأختها الشقيقة، لأنهما أهل سهم واحد، وهو الثلثان، والإخوة أولى بها بينهم إذا باع أحدهم، وكذلك الجدات، قال التونسي: قال مالك وأصحابه: أهل كل سهم أولى إلاَّ ابنُ دِينار، ومتى سَلّم أهل السهم الشفعة فأهل السهام والعصبة سواء، لأن سببهم عموم المورث لا خصوص سبب، فيستوُون، فإن سَلم جملة الورثة فالشركاء بَعدَهم، ولو باع أحد العصبة لدخل أهل السهام مع بقية العصبة، ولم يرَ العصبة أهل سهم، وجعلهم أشهب كأهل سَهم يختصون بها، والموصَى لهم بالثلث أو بجزء مسمى عند ابن القاسم، لا يدخلون مع الورثة، ويدخل الورثة معهم، وعند محمد وأشهب كأهل سَهم، (وإذا أوصى أحد ولد الميت لرجل واحد فباع إخوة الموصِي: قال محمد: يدخل الموصَى له معهم، لأنه كأهل سهم[1]) لأنه لو كان الموصَى له جماعة شافعوا بينهم دون الورثة، فَمَن كان شافعاً مع أصحابه لا يدخل على من لا يشافعهم، ولو كان أصحابه يشافعون الورثة دخل على الورثة، قال: وهذا لا يصح، لأن أهل السهم الواحد يتشافعون بينهم، ولا يمنعهم ذلك من

---

(1) ما بين القوسين سقط من (ي).

(2) في (ي): ابنين، وهو خطأ.

الدخول على بقية الورثة الذين لا يُشَافِعُونَهم، ولو كان أهل السهم واحداً ليس له من يشافعه: شَافَعه جملةُ الورثة لعدم من يمنعهم، وإذا باع أهل سَهم معلوم فسَلَّم بقيتهم وبقية الشركاء، ثُم باع أحد الشركاء الذين ليسوا بأهل سَهم واحد فللمشتري النصيب، ولشركائه وبقية الورثة التحاصص في هذا المبيع، لأنه حلّ محل البائع منه لما سَلَّم له بقية شركائه وبقية الورثة، وإن ورثهُ ابنه وامرأته فمات الابن عن أخته وأمه وعَصَبَة فباع بعض العصبة، ففي كتاب مُحمد: تشافع الأخت والأم العَصَبَة لما ورثا[1] من الميت الأول والثاني، قال: وفيه نظر لأن موت الإبن يوجب وراثة ثانية فلا يضربوا[2] مع بقية العَصبة إلاً بالقَدر الذي ورثوه معهم، لأن الضرب بالميراث الأول إضرار بالعَصَبَة، ويلزمُ عليه إذا ورثهُ أولاده فمات أحدُهم عن إخوته وورثة[3] أن يَدخُل ورثته فيما باع أحد ورثة الإبن، إذ لا فرقَ بين عدم ميراثهم في الثاني أو يكونون يتحَاصون بما[4] ورثوه من غيره، ويلزم أن شركاء الميت يحاصون بقية ورثة الميت في مبيع أحدهم، والمعروف خلافه، وأما الشقيقة مع أخوات الأب: فأشهب: يرى عدمَ دخول الشقيقة لاختصاصهن بالسدس دونها، قال ابن يونس: ثلاثة اشتروا داراً أو ورثوها فباع أحدهم من نفر وسَلَّم الشريكان فباع أحد النفر فبقية[5] النفر أشفع من شريكي البائع، ولو باع أحد شريكي البائع لدخل شريكه الذي لم يبع وسائر النفر فلهم النصف، ولشريكهم الذي لم يبع النصف، وخالفه ابن القاسم وقال: لا يكون النفر أشفع فيما باع بعضهم، بل هم كبائعهم يقومون مقامه، بخلاف ورثة الوارث أو ورثة المشتري، والفرق: أن السهم الموروث لا شفعة به لشركاء الميت مع الورثة، وإذا باع أحد الورثة فبقيتهم أشفع من شركاء الميت، وشركاء البائع لهم الشفعة

(1) في (ي): ورث.
(2) في (ي): فلا يضرب.
(3) في (ي): ورثة.
(4) في (ي): لما.
(5) في (ي): فبقيتهم.

والتسليم، فلهم الدخول فيما باع أحد الشريكين كالهم الدخول فيما اشتروا، قال ابن القاسم: ولو باع أحد شريكي البائع الأول لَدخل المشترون مع من بقي من شركاء بائعهم بقدر حصص بائعهم، وقال أصبغ[1]: لم يثبت أن أهل السهم المفروض هم الذين يتشافعون خاصة، وعليه جماعة الناس.

قال اللخمي: الدار في مسألة الإخوة إذا خَلّف أحدهم أولاداً إن انقسمت أسباعاً فما قال ابن القاسم، لأن الدار تنقسم قسمين، فتقسم أولاً أثلاثاً فإذا صار لبني البنين سهم قسموه أثلاثاً كدار قائمة بنفسها فبعضهم أحق ممن لا يصير له في ذلك الثلث شرك[2] ينتفي الضرر، وإن كانت لا تنقسم بحال شَفَع كل من له فيها شرك بوراثةٍ أو غيرها، لاشتراكهم في الضرر فيها إذا ادعى أحد الشركاء البيعَ لأنها لا تنقسم، وخروج الدار من الملك أشد من ضرر المقاسمة، وإن كانت تنقسم أثلاثاً خاصة فباع أحد الأعمام شفع جميعهم، لأن بني الإخوة شركتهم مع أعمامهم فيما ينقسم، وإن باع أحد بني الإخوة: فَعَلَى قول مالك: الشفعة فيما لا ينقسم: يتشافَعُون دون أعْمامهم، وعلى قوله الآخر: فهي للأعمام خاصة، لأن بني الأعمام يقولون: نحن نَشفَع فيما يقبَل القسم، ولا شفعة لبعضكم على بعض[3]، لأن نصيبكم لا يقبل القَسم، ولو كانت الدار فيهَا شِرك بغير وراثة بعد وارثة فعلى قوله في المدونة: إن باع أحد الورثة السفلى كانت الشفعة لبقيتهِم، سَلَّموا لأهل الوراثة الأولَى: فإن سَلَّموا فللشركاء، وإن باع أحد الورثة الأولى شَفَعوا أجمعون بقية الشركاء وأهل الوارثتين[4]، وعَلى الرواية الأخرى: يشترك الشركاء وأهل الوارثتين باع أحد الشركاء أو أهل الوراثة الأولى أو الآخرة، قال: وأرى أن تعتبر صفة القسمة هل تنقسم أسْباعاً[5]

---

(1) في (ي): أشهب.

(2) (شرك) سقطت من (د) ولا بدّ منها.

(3) في (ي): . . على بعض. والأعمام يقولون: نحن نشفع بغير وراثة، ووراثة بعد وراثة، فَعَلَى قوله . . .

(4) كذا في (د)، والكلمة مطموسة في (ي) ولعلّها: الوراثتين.

(5) في (د): اتساعاً.

أو أثلاثاً، أو لا تنقسم إلاَّ نصفيْن على أصل الشركة قبل الوراثة، أو لا تنقسم بحال، وكل موضع يكون للمشتري أن يَدْعو للقسمة أُستشفع منه، أوله أن يَدعو للبيع فقط، يختلف هل تكون شفعة أم لا؟ وكل موضع [1] ليس له طلب القَسم ولا البيع فلا شفعة له بأن يكون لا يقبل القسم، ولو باع هذا نصيبه لم ينقص عن بيع الجملة، ولو كانت دراً بين ثلاثة لأحدهم النصف ولإثنين النصف وهي تنقسم نصفين، ولا تنقسم أرْباعاً، وإن باع أحد صاحب النصف فاستشفع الإثنان أو أحد الإثنين شَفَع صاحب الربع على أَحَد قولي مالك، وعلى القول الآخر: لصاحب النصف دونه، وقال ابن القاسم في ثلاثة [2] شركاء باع أحدهم نصيبَه من ثلاثة، ثم باع أحدُ هؤلاء الثلاثة نصيبَه من ذلك الثلث: إن الشفعة لجميعهم، وقال أشهب: لبقية أُصحاب الثلث، قال: وأرى أن الشركة [3] بميراث أو غيره سواء، وَإنما تراعى صفة القَسم لاختصاص الضرر بها، وإذا كانت الدار بوراثة واحدة مختلفين في المنازل: زوجات وبنات وأخوات وعصبة، فباعت أحدى الزوجات فالشفعة لبقيتهم، فإن سلَّمن [4] فَلِبَقية الورثة أهل السهام الآخرين وغيرهم، فإن باع أحد [5] البنات شَفَع بقيتهن، فإن سَلَّمْن فلجميع الورثة: الزوجات والجدات، واختلف إذا باع أحد العصبة: فقال مالك مرة: هم كأهل سهم، الشفعة لبقيتهم وقال أيضاً: لِجميع الورثة، وكذلك إذا خلف بنات وأخوات فباعتْ إحدى البنات شَفَع بقيتُهن، فإن سَلَّمن شَفَع الأخوات، واختلف إذا باعت إحدى الأخوات هل يشفع بقيتُهن فقط أو الجميع؟ لأن الأخوات ها هنا عصبة البنات، فَعَلَى القول أنهن كأهل سهم يكون من حق البنات أن تُقسم الدار أثلاثاً، ثم يقسم الأخوات ثلثهن إن كُنَّ ثَلاَثا [6] أثلاثاً، وعلى القول الآخر: من حق

(1) في (ي): وضع.
(2) في (ي): ألف. وهو خطأ.
(3) في (ي): التركة.
(4) في (ي): فان سلموا.
(5) كذا في النسختين، والوجه: فان باعت احدى البنات.
(6) في (ي): ان كن ثلاثة، وعلى القول . . .

الأخوات أن يقسم من الأول[1] أسباعاً، وقال ابن القاسم في شقيقة وأخوات لأب فباعت إحدى الأخوات شَفَع جميعُهن، وقال أشهب: بل يشفع بقية الأخوات للأب، فإن سَلَّمن شَفَعت الشقيقة، قال: وهو أحسن، لأن من حقّها أن يقسم لها[2] من الأول النصف، ثم يَقسم أولئك بينهن السدس فهو سهم يُسَلم إليهن، وهذا إذا كان السدس يحمل القَسم، وإذا أوصى الميتُ أن يباع نصيب من داره من رجل بعينه، والثلث يحمله لم يَشفَع الورثة فيه، لأن قصد الميت تمليكُه إياه، وجعل سحنون مثله إذا أوصى ببيع نصيب[3] يصرف ثمنُه في المساكين كان الميت باعه، قال: والقياس: أن يشفعوا لتأخُّر البيع بعد الموت بعد تحقق الشركة، ولو أوصى أن يباع من معين والشريك أجنبي: شَفَع لأن ذلك لا يُنْكَرَ[4] على الوصية بخلاف الوارث، وفي **المجموعة**: لو باع الإمام أرضَه مُزايدة في دَينه فقال أحد الورثة بعد البيع: أنا أؤدي من الديْن بقدر ما عليَّ، وآخذ نصيبَ شركائي بالشفعة، فَلَه ذلك إذا كان في بقية مَا يباع من الأرض تمامُ الديْن، وقال صاحب **النوادر**: قال مالك: إذا أوصى بدار لِخمسةَ عشر رجلاً، لعشرة[5] سَمَّاهم ثُلثَاها، لفلان وفلان منهم السدس، وللسبعة منهم النصف، وبقية الدار للخمسة الآخرين، فإن باع أحد الخمسة فباقيهم أشفع[6]، فإن سَلّموا فلجميع العشرة، فإن باع أحد السبعة فبقية السبعة أحق من الخمسة، وعن مالك في أخوة ورثوا فباع أحدُهم فَسَلَّم أخوتُه، ثم باع أحدهم شَفَع المشتري الأول مع[7] من لم يبع، ومتى سَلَّم بقية أهل سهم فالشفعة لبقية أهل الميراث، فإن سلموا كلهم ثم باع أحد المشترين نصيبه مـمّا اشترى استوى بقية أهل ذلك السهم وشركاء البائع

---

(1) في (ي): بين الأولى.

(2) في (ي): أن يقسم لهما من الأولى.

(3) في (ي): نصيبه.

(4) في (د): لا يعكر.

(5) كذا في (د). ومكان هذا في (ي) مطموس، ولعلّ في الكلام تحريفاً لأن أخره لا يتفق وأولَه.

(6) في (ي): . . فباقيهم أشفع، فان باع أحد الثلاثة: فالاثنان أشفع، فان سلموا: فالشفعة أحق من الخمسة، وعن مالك الخ وفيه سقط وتحريف.

(7) في (د): معه. وهو خطأ.

المشترون معه وبقية الورثة، وليس المشتري كالورثة فيدخل أهل السهام، على العصبة والمشترين من أهل السهام، ولا يدخل المشترون ولا العصبة عليهم، وقال أشهب في ثلاثة ورثوا داراً أو اشتروها فباع أحدهم من نَفَر فسَلَّم الشريكان، ثم باع أحد المشترين نصيبَه، فبقية المشترين أشفع من شريكي البائع، ولو باع أحد شريكي البائع لَدَخَلَ[1] شريكُه والمشترون وجعل المشتري من الشريك كورثته، وخالفه ابن القاسم وقال: لا يكون المشتري الأول أشفع فيما باع بعضهم دون شُركاء بائعه، بخلاف ورثة الوارث أو ورثة المشتري، وذكره مالك، وجعل المشتري كبائعه والموصى لهم كالعصبة مع أهل السهام، قال الأبهري: أهل كل سهم أحق بالشفعة بينهم فيما ورثوا، أما ما اشتروا أو وهب لهم أو وصل إليهم بغير الإرث فلا، بل يَستَوون، فإن باع المشتري من الميراث من أهل السهام دخل أهل السهام مع المشترين منهم، ولا يكون المشترون أولى بالشفعة فيما اشتروا من بعض أهل السهام، لأن حرمة السهام آكَد من حرمة الشراء لأن الشراء قد لا يقع، والميراث لا بدّ من وقوعه. وفي **الجواهر**: كل صاحب شرك[2] أخصّ يقدم على الأعم، فإن سَلَّم أخذ الذي يليه، (فإن سَلَّم الذي يليه فالذي يليه[3]) فإن باعت احْدى الأختين شَفَعت أُختُها، فإن سلمت فأهل السهام والعَصَبَة، فإن سلموا فالشركاء الأجانب، ويدخل أهل السهام على العصبة بخلاف العكس، لأن العَصَبَة ليسوا أهل سهم، وقال أشهب: لاَ يدخلُ أحدهما على الآخر وجعلهم كأهل سهم، وعن مالك: الأخصُّ والأعم سواء، فكل من له مِلك في المبيع يشفع، قال القاضي أبو الحسن: وهو القياس، والأول استحسان، واختلف قول (ش) كمالك، وسوَّى أبو حنيفة بين الشركاء، لنا: أن ملك الأخ أقرب إلى ملك الأخ من ملك العم لحصولهما بسبب واحد وجمعهما بمعنى واحد، فيكون أولى بدليل تقدم الشريك على الجار المقابل، ولأن نصيبَ الأخَوين في حكم النصيب الواحد، بدليل أنه لو ثبت أن الأب غَصب شيئاً استحق من نصيبهما دون نصيب العم، فيقدم أحدهما

---

(1) في (ي): لرجل. وهو تحريف.

(2) في (ي): شركة. وهو تحريف.

(3) ما بين القوسين سقط من (ي).

على العم، احتج بظواهر النصوص كقوله[1] عليه السلام: (**الشفعةُ لِلشريكِ الذِي لَمْ يُقاسِم**) وهو عام، وبالقياس على ثلاثة ملكوا من جهة واحدة هِبة أو غيرها، ولأنها لأجل الضرر وهم فيه سواء.

والجواب عن الأول: أنها مخصوصة بما ذكرنا جمعاً بينَها وبين[2] المعنى المناسب.

والجواب عن الثاني: الفرق بما ذكرناه من معنى القرب.

والجواب عن الثالث: لا نسلم أنها لمطلق الضرر، بل للضرر مع قوة الملك الذي هو سبب الأخذ جمعاً بين المناسبتين، وهو أولى من إلغاء أحدهما.

فرع

في الكتاب: إذا اقتسموا الدار دون الساحة فباع أحدهم ما صار له من الدار، فلا شفعة لعدم الشركة، ولا شفعة بالحريم ولا بالشركة في الطريق، ولكن له طريق في دار فَبيعت الدار لبعد هذه الأمور عن البيع، قال ابن يونس عن مالك: إذا قسمت النخل وبقي مَحلها أو ماؤها من بئرٍ أو عين أو نهر، فلا شفعة، وقاله عثمان بن عفان رضي الله عنه لأنه بَيع لأصلٍ لا شُفعة فيه، وبقاء[3] المُشتري بلا مَحل ولا بئر اشد من ضرر الشركة، وقال اللخمي: للشركاء ردّ المبيع في الساحة إذا كان البائع يتصرّف إلى البيوت للضرر[4]. وإن كان أسقط حقه من عنده وجميع بيوته إلى حق آخر، وفتح له من دار أخرى، وكان بيعُه من أهل الدار: جَازَ ذلك، وكان لبقية الورثة الشفعة على أحد القولين في وجوب الشفعة فيما لاَ ينقسم، وإن باع من غير أهل الدار ردّوا بيعه للضرر، ولهم الإجازة والأخذ بالشفعة.

---

(1) قال ابن حجر في (الدراية 202/2): لم أجده هكذا، وانما أخرجه مسلم من طريق أبي الزبير عن جابر قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط الخ.

(2) في (د): جمعا وبينها المعنى.

(3) في (د): ويقال المشترى بلا نخل الخ وهو مصحف.

(4) (للضرر) سقطت من (د).

فرع

في **الكتاب**: يقوم بِشُفعة الصغير أَبُوه أو وصيُّهُ لأنها من باب تنمية المال، فإن لم يكونا فالأم تنظر له وإلاَّ[1] أخذ للجد بل يرفعه للإمام، لأنه الناظر لمن لا ناظرَ له، فإن عدم الأب والوصي بموْضع لا إمام به أخذ إذا بَلَغ لأنها حقه، ولم يسقطها ولو سلمها الأب أو الوصيٌّ أو السلطان امتنع أخذه إذا بلغ، لنفوذ تصرّفهم عليه، ولو أهمل الأب حتى بلغ وقد مضى لذلك عشر سنين فلا شفعةَ، لأن إهمالَ أبيه كإهماله، قال التونسي: للمأذون له الشفعةُ، لأنها من ضبط المال، فإن ترك سيده قبل اخذه أو أخذ قبل تركه مضى، لأن السيد الأصل، فإن سبق العبد بالأخذ أو الترك مضى لأنه مقتضَى الإذن، فإن أحاط الديْن بماله فلا أخذَ لسيده ولا تَرك، لأن ذلك قد يضرّ بغرمائه، وجعل ترك السيد شُفعة العبد المديان لا يلزم العبد بخلاف تحجيره عليه التجارةَ، لأن الشفعة كالأمر الواجب له، ليس للسيد أبطالُه، وإذا اطلع السيد على غَبن عبده في الإسلام أو الأخذ، أو أنَّ ذلك محاباة للمشتري لم يُجز ذلك، ولا يعتبر سبق السيد المكاتب لأنه لا يقدر على انتزاع ماله، وله نقض الأخذ والإسلام لأنه قد يُفضي إلى عجزه، قال أشهب: إلاَّ أن يتبيَّن من المكاتب محاباة بالهواء في المسلَم إليه أو المأخوذِ منه بحطيطة، ولو أخذ السيد فسلم المكاتب ثم عجز فلا أخذ للسيد، لأن المسلم كان نافذ التصرّف، والمعتَق بعضُه لا يأخذ إلاَّ بإجماع[2] منه وممّن له فيه رِق لاجتماع السببين فيه، فإنْ أسلمها أحدهما ثم عتق بقيته لا أخْذ له، لأن مسلمها نافذ التصرّف عليه حين تصرّف، ويحسب للصغير بعد بلوغه ورشده مُدة سنة عند أشهب لأنه يقطعها بها، وكذلك الغائب إذا قدم، عَلِمَ في غيبته بها أم لا، وكذلك المريض، وقاله عبد الـمَلك لهم بعد القُدوم والكِبَر والصحة التأخير إلى مَا تنقطع به للحاضر، ولم يقل بأن السنة تقطع، وقال أصبغ: المريض كالصحيح إلاَّ أن يشهد في مرضه قبل مضي وقت الشفعة أنه على شفعته

---

(1) في (د): ولا أخذ.

(2) في (ي): اجتماع منه.

وأنه إنما ترك التوكيل عجزاً، وإذا لم يأخذ الوصي عند مدة انقطاعها بَطَلت، وسواء رأى الأخذ خطأ أو الترك، لأنها قد تكون مربحة وغيرُها أكثر ربحاً منها، ولو رشد قبل مدة الأخذ حسبت مدة الأخذ من يوم وجبت لأنه يبني على ما كان، وإن اختلف الوصيان نظر الإمام، لأنه ليس أحدُهما أولَى من الآخر، فإن أخذ أحدُهما وسَلَّم الآخر ولم ينظر الإمام حتى رشد وقَد مضى مدة الشفعة واستضرّ بذلك المشتري بَطَلت، أو ترك الصبي[1] الذي يأخذ خُير[2] بعد رشده في الأخذ والإسلام، لأن فعل أحد الوصيين لا يلزمه، وإن رَفعت الأم بعد طول وهو لم يرشد فكما إذا رشد، ولم يجعل سحنون الأخذ والشقص في يد الآخذ بالشفعة من الوصيين رِضا منه، وليستعين القاضي بأهل المشورة، ولا يمطل المشتري الى أن يولي الصبي رجلاً إلاّ أن يكون على ثقة من وجود ذلك عاجلاً نحو ثلاثة أيام، وليس لغرماء المديون أخذ شفعته ليأخذوا منها دُيونَهم، بل يخير الورثة فيها كموروثهم، فإن أخذوا بيعت في الدين، فإن أخذوا بمَال الميت فللغرماء الثمن والفضل، فإن أخذوا لهم بِيعَ عليهم، فإن كانت إن بِيعت لم يحصل إلاّ ما أُخرجوه من أموالهم لم يبَع لعدم الفائدة، ولا يلزم المفلس الأخذ ولا لِغرمائه أخذ، لأنه لا يلزمه الإكتساب، قال أشهب: إني أخاف أن لا تكون له شفعة إن كان إنما يأخذ ليباع للغرماء، والشفعة إنما شرعت لينتفع بها الآخذ لِنفي الضرر، فلا يضر المشتري للغير، ولو قال ذلك قائِل ما رددتُه، وأما المريض وإن أخذ لغيره فلأنهم ورثُته، ولهم الأخذ بعد موته، قال ابن يونس: قال محمد: الشفعة للمولى عليه والصغير أبداً حتى يقيما بعد زوال الولاية سنة لعدم الأهلية قبل ذلك، وفي المدونة: قال مالك: لا يأخذ الوصي للحمل حتى يستهل لعدم توريثه قبل ذلك، وقال اللخمي: إذا رشد الصبي لم يكن له أخذ ما ترك وليه ولا ردّ ما أخذ إلاّ أن يثبت أن الأخذ ليس حُسْن نَظَرٍ أو أن الترك محاباة، لأن الله تعالى لم يول على قربان

---

(1) في (ي): الوصي. وهو تحريف.

(2) (خير) سقطت من (ي) وهي ضرورية.

ماله إلاَّ بالتي هي أحسن، فهو معزول عن غير ذلك، وعن مالك: إذا علم أن تركه سوءُ نظر لا شفعة. كما لو ترك شراء ما فيه غبطة، وإذا حكم برشده فله تمام السنة من يوم وجبت، فإن لم يكن له ناظر ولا وصي استوفيت السنة عند محمد من يوم ولي أمره، وعند ابن حبيب: من يوم البلوغ نظراً إلى التمكّن من التصرّف، أو يكفي حصولُ سَبِبه. والبكر من يوم الدخول، والغائب من يوم القدوم، والمريض من يوم الصحة، فإن بلغ سفيهاً وقام بعد مدة بعد الرشد فلا شفعةَ له إلاَّ أن يكون الأخذ قبل ذلك حُسنَ نظَر، وأما المريض: فإن كان ينظر في أمر دُنيَاه بالبيع والشراء فهو كالصحيح، وإن أعرض عن ذلك ثم قال: كنتُ تركت له قبل قوله، وليس من يكون ورثُته ولَداً ويعلم منه الإجتهاد كمن يرثه عَصَبة فلا يصدق إن كانوا عصبة، وقال محمد: إن قربت غيبة الغائب ولا مَوُنَةَ عليه في الشخوص فهو كالحاضر، وقال غيره: ليس علم المرأة الضعيف ومن تَعسر عليه الحركة كغيره، وإنما يجتهد في ذلك الإمام، وليس المجتهد في رباعه وتقاضي أكريته كالمتراخي في أموره، والغيبة البعيدة أربعة أقسام: تغيب الشفيع وحده أو المشتري أو كلاهما واحداً أو مفترقين، فإن غاب الشفيع فهو عليها بعد القُدوم، وإن كان حاضراً ثم غاب وعاد قبل المدة أو مَنَعه مَانع حتى مضت المدة فهو عليها بعد خلفه، وأن كان السفر بعيداً لا يرجع حتى تمضي السنة[1] فقطعه قاطع عن التمادي فلا شفعةَ له لرضاه أولاً[2] بذلك، قال محمد: وإن ترك الغائب وكيلاً فأكرى وهدم وبنَى بحضرة الشفيع فهو على شفعته لاستثقال الناس التردد للقضاة، قال: وهذا يحسن من قوله فيمن يعلم منه ثقل ذلك عليه، أما من يعلم منه الدخول للقاضي فتبطل شفعتُه إلاَّ أن يكون في الوكالة تسليم الشفعة والإشهاد ببينة عادلة فلا شفعة، وإن كانا مجتمعين في بلد وغائبين عن موضع الشقص: فلا شفعة بعد المدة، لأنه لا عبرة بغيبة الدار، لأنه يأخذ على شراء المشتري، وإن قال: أخرُوني حتى أرى لم يؤخر إلاَّ

---

(1) في (ي): القسمة.
(2) في (د): أولى.

أن يكون الشقص على ساعة من نهار، قال صاحب النوادر: قال مالك: الغائب على شفعته إلاَّ أن يقوم بعد طول يجهل في مثله أصل البيع ويموت الشهود، وأما مع قرب الأمد ممّا يرى أن البائع أخفى الثمَن ليقطع الشفعة فيأخذ على ما يرى من ثمنها يومَ البيع، وإن مات الغائب في غيبته فللورثة الأخذ، وإن كان المشتري والشفيع غائبيْن كل واحد بموضع، فقدم الشفيع على المبتاع وأقام معه ما تنقطع فيه الشفعة لا يطلبه، بطلت[1] الشفعة لتفريطه، قال أشهب: ولا تسليم لأحد من أقارب الصبي إلاَّ اب أو وصي أو من استخلفه السلطان، وإذا اختلَفَ الوصيان ولم يرفع للإمام حتى تمت السنة: فإن كان ذلك بيد المبتاع زالت الشفعة، أو بيد[2] الآخر خير الصبي بعد البلوغ في الأخذ، فإن لم يبلغ نظر له السلطان أيضاً.

فرع

في الكتاب: له[3] التوكيل في الأخذ غبت أم حضرت قياساً على البيع، ولا يلزمك تسليم الوكيل إلاَّ أن تفوض له ذلك، ولو أقر الوكيل أنك سلمت فهو كشاهد يحلف معه المبتاع، فإن نكل حلفت وأُخذت، ولو أقام بينة أن فلاناً وكله الغائب في الأخذ مكن من ذلك كالبيع.

فرع

قال: الشفيع مقدم على غرماء المشتري وإن كان في الشقص فضل، كالمرتهن في الرهن والبائع في السلعة، لأنه يعطي الثمن بفضله فلا ضرر على الفريقين، ولا يجبره غرماؤه على الأخذ كشراء السلع للربح، بل له الأخذ والترك وإن أحاط الدين بماله، قال التونسي: ليس لغرماء الميت أخذها ليفوا دَيْنَهم والفضل للورثة، بل يخير الوارث، لأن انشاء البيع لا يجب عليه، قال ابن يونس: قال أشهب: لمن

(1) في (ي): لا يطلبه بطلب شفيعه بتفريطه. وهو محرف.

(2) في (ي): أو بعد الأخذ.

(3) (له) سقطت من (ي).

أحاط الدَّيْنُ بما له الأخذُ ما لم يفلس فيمنعوه إن كان نظراً لهم، وليس لهم إلزامه الأخذَ، وإن كان فيه فضل، كما لا يعتصر ما وَهَب، ولمالكٍ تفصيلٌ حَسن في الورثة لم يقف عليه أشهب، وكان يجب سحنون أن يبدأ بالورثة فيقال لهم: إن قضيتم الدَّيْن فلكم الشفعة، لأن الميراث بعد الدَّيْن، فإن أبوا بيعَ ميراث الميت للدَّيْن ولا شفعة لهم، لأن النصيب الذي يستشفع به قد بيع، قال اللخمي: إذا اختلف الشفيعُ وغرماؤه قُدم طالب الترك لأنهم لا يجبروه على التجارة إن تَرَك، وَمن حقهم أخذُ النَّاضٌ بالحضرة، ولا يتأخروا لِبيع الشِّقص ويتوقعون الإستحقاق، وهذا هو القياس، والإستحسان إن كان فضل والبيع لا يتراخى إلى اليومين، واتفقوا على الأخذ جاز، لعدم الضرر، ولندُور الإستحقاق، وإن مات الشفيع بغير وارث والمال لا يوفي وفي الأخذ، فضل: فلغرمائه الأخذ. ومتى اتفق ورثته على أخذ أو ترك قُدموا، فإن اختلفوا قدم طالبُ الأخذ من غريم أو وارث إلاَّ أن ذلك للغرماء مع الفضل، فإن بقي من الفضل شيء فهو ميراث، وإذا قال الغرماء: لا تدفع أموالنا إلاَّ أن يكون الفضل لنا مكنوا، قال: وكل هذه الفروع بالإستشفاع للبيع، قال صاحب النوادر: قال المغيرة: إذا أبى الورثة قضاء الدَّيْن وقالوا: يباع المال، فإن كان فضل ورثناه، لا شُفعة لهم ولا للغرماء، لأن الغرماء لا يملكون الشقص الذي به[1] الشفعة.

فرع

قال ابن القَصَّار: الشفعة تُورث عَلم بها المورث أم لا، وقاله (ش) خلافا لـ(ح)، لنا: قوله[2] تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا ترك أَزْوَاجُكُم﴾ وقوله[3] عليه السلام: (**الشفعةُ فيمَا لَم يُقسَم**) وقياساً على الرد بالعيب وحق الرهن والكفيل،

---

(1) في (ي): فيه.

(2) (النساء: 12).

(3) رواه الشافعي في (السنن) رقم: 1363 مرسلاً، ومسنداً من حديث جابر رقم: 1362، وتمامه: فاذا وقعت الحدود فلا شفعة، وهو بمعناه في البخاري.

أحتج بأن الدين المؤجل يحل بالموت، ولا يرث الوارث الأجل، وقياساً على قبول البيع إذا[1] مات قبله وبعد الإيجاب، وقياساً على نفي الولد باللعان، ولأن ملك الوارث متجدد فأشبه ما لو باع ما به يشفع لم ينتقل المِلك للمشتري.

والجواب عن الأول: أن الحق إنما ثبت لموروثه في ذمته وقد خَرِبَت فتعذر بقاؤه. **وعن الثاني:** عدم تقرر الملك قبل القَبول، والقبول من رأيه لا من ماله، والوارث إنما ينتقل إليه مال أو متعلق بالمال، **وهو الجواب عن الثالث، وعن الرابع:** أن التجدّد مفسر بالإنتقال على ما هو عليه من جميع الجهات، بخلاف البيع للأجنبي.

فرع

في الكتاب: يمتنع إعطاء أجنبي مالاً للشفيع على أن يقوم بالشفعة ويربحه ذلك المال، ولا يجوز بيع الشقص قبل الأخذ **(لنهيه[2] عليه السلام عَن بَيْع مَا لَمَ يَمْلِك)** ولا يأخذ لغيره لأن إضرار المشتري إنما جَاز لنفي ضَرر الشركة عنه، **وفي النكت:** قال أشهب: إذا ترك إرباح الأجنبي ردّ المشتري للمأخوذ منه، ثم الشفيع عَلَى شُفعته إن ثبت ذلك بالبينة إما بإقرار الشفيع فيتهم في فسخ الأخذ، وبإقرار المشتري من الشفيع فيتهم على الندَم في الشراء، وقال ابن شبلون: إن أخذ الشفيع لغيره وهي أرض فَبَنَى[3] فيها المأخوذُ له وغَرَس ولم يعلم المشتري ثم عَلم، فإن كانت قيمة الأرض أكثر من الثمن الذي أخذها به الرجل أخذ المشتري منه تمام القيمة وإلاّ مضت بالثمن ولا يرجع بشيء لأن له شبهة في الأخذ، وله أن يبيع بعد الأخذ إجماعاً، قال أبو محمد: يرجع الشقص للمشتري فيه فضل أم لا والبناء كبناء المسْتحَق منه في بناء شبهة، (لأن الزرع يطول أمره، والثمرة تتأخر مع المشتري[4]).

---

(1) (اذا مات قبله) سقطت من (ي).

(2) رواه البخاري في البيوع رقم: 2135 ومسلم في البيوع رقم: 1525 ، عن ابن عباس.

(3) (فبنى) سقطت من (ي).

(4) ما بين القوسين سقط من (د).

فرع

في **الكتاب**: إذا حبس أحدهما ثم باع الآخر فلا أخذ للمحبَّس عليه ولا للمحبِّس إلاَّ أن يأخذه المحبِّس فيجعلَه في مثل ما جعل فيه نصيبَه، وللشافعية في أخذ صاحب الوقف وجهان، قال اللخمي: قيل: ليس[1] للمحبِّس شفعة وإن أراد جعلَه في مثل الأول، قال: وهو أقيس، لأنه ليس له أصل يستشفع به، ولو كان الحُبس[2] على معيَّنين جرى على القولين، فعلى قول مالك: لا يرجع بعد انقراض المعيَّنين إلى المحبِّس. فالجواب كما تقدم، وعلى القول برجوعه مِلكاً يشفع، وإن لم يلحقه بالمحبّس[3]، قال صاحب **النوادر**: قال مطرف: إن كان مرجعُ الحُبس للمحبِّس عليه إلحاقه بالحُبس، وقال أَصبغ: إن حبَّس على المساكين أو في سبيل الله فلَه الأخذ إن جَعله فيما جُعل فيه، وإلاَّ فَلاَ شفعة إن أخذه لِيمسكه.

فرع

قال صاحب **الخصال**: أربعة[4] لا شفعةَ لهم: إذا باع أحد المتعَاوِضيْن[5] حصتَه من دار من شركتهما، أو الوصي من دار مشتركة بينه وبين اليتيم، أو الأب لإبن له صغيرٍ من شركة بينهما، وإذا وكَّل الرجل على بيع حصَّته في دار هو شفيعها، وقيل: له الشفعة.

نظائر، قال أبو عِمْران: إن خمس مسائل تترتب على الميراث: من باعَ لا يشفع في عيْن ما باع إلاَّ بالميراث بأن يرث الشفيع، فينتقل إليه الحق، فيأخذ، لأنه قد يرضى[6] بالبيع للمشتري ولا يرضَى شركته، ولا ترجع الهبة إلاَّ بالميراث، ومن

---

(1) (ليس) سقطت من (ي) ولا بدّ منها.

(2) في (ي): المحبس على معنيين. وهو مصحف.

(3) في (ي): بالحبس.

(4) في (د): نظائر أربعة.

(5) في (د): المتفاوضين. وهو تصحيف.

(6) في (ي): يوصي. وهو تصحيف.

حَلف بعتق عبده: لَيفعلَن كذا، فباعه فإن اليمين[1] ترجع عليه إذا مَلَكه[2]، ويكمل عتق القريب يملك بعضه إلاَّ بالميراث، ولا ينقض[3] بيع نفسه إلاَّ بالميراث فيحِل بيع نفسه بنفسه.

فرع

في الكتاب: لأم الولد والمكاتب الشفعةُ، وكذلك المأذون، فإن لم يكن مأذوناً فذلك لسيده، وإن أَسْلمها المأذون فلا قيام لسيده، وإن أرادها[4] المأذون وسلمها السيد وليس العبد مدياناً جاز تسليم السيد، (وإن كان مدياناً وله فيه فضل فلا تسليم، ويقدم تسليم المكاتب على أخذ السيد[5] لاستقلاله بتصرّف ماله، ولذات الزوج تسليمُ شفعتها لأنه من باب الشراء لا من باب التبرّع، قال ابن يونس: قال محمد: إن سبق المأذون بالأخذ أو التسليم قَبلَ علم السيد لَزمه، ولا مقال للسيد بعد ذلك لاستقلاله بالتصرّف، وإن سبق السيد لاَ مقال للمأذون لأن تصرّف السيد كالحجر عليه إلاَّ أن يكون على المأذون دَين فلا يلزم تسليمُ السيد، وإن غُبن[6] المأذون في الأخذ غَبناً شديداً، أو في التسليم وعلم أن فيه محاباة بينة فليس له ذلك، قال: وأم الولَد وكلُّ مَن للسيد انتزاعُ ماله مثل المأذون من سبق منهم أومن السيد[7] للتسليم أو الأخذ نُفِّذَ رَضي الآخرُ أو كره، وأما المكاتَب: فَلَه نقض تسليم سيده وأخذه لإحْرَازه مالَه، قال أشهب: إلاَّ أن يتبيَّن من أخذ المكاتب أو تركه محاباة بينة، فللسيد نقضُه، قال محمد: والمكاتب والمعتق بعضه وأم الولد والمدبر والمعتق إلى أجَل والعبد إذا لم يكن لواحد منهم مالٌ[8] يأخذ به وطلبوا الأخذ، ليس للسيد

---

(1) في (ي): الثمن. وهو تصحيف.

(2) في (ي): . . اذ أملكه الاَّ بالميراث، ويكمل الخ.

(3) في (ي): ولا ينتقض.

(4) في (ي): أداها. وهو تصحيف.

(5) ما بين القوسين سقط من (ي).

(6) في (ي): عين . . عيناً. وهو تصحيف.

(7) في (ي): أو من السيد بالتسليم . . . بقدر رضي الخ وهو مصحف.

(8) في (ي): لا يأخذ به.

الأخذ لنفسه لوجوبها لغيره، فإمَّا أن يأخذ للمالك[1] أو يترك فيأخذ بِسَلَف أو هبة لعبده ومدبَّره وأمٍّ ولَده ومعتَقه إلى سنين أحبوا أو كرهوا ولو كره المشتري، بخلاف المكاتَب والمعتَق بعضُه لا بدّ من رضاهما لعجزه عن انتزاع مَالِهِما، قال اللخمي: العبد مثلُ الحرّ في الشفعة، فإن كان غير مأذون له: فالمقال له ولسيده، فإن أخذ العبد أو ترك قبلَ نظرِ سيده فلا مقالَ لسيده، وإن سبق السيد للأخذ أو الترك مضى فعلُه، ولا مقال للعبد ما لم يكن عليه ديْن، فإن أضرّ أخذُه بالغرماء كان لهم وللعبدِ الردّ، وليس كذلك إذا ترك لا مقال للغرماء كحالهم مع الحرّ، وللعبد الأخذ ليبرىء ذمته إلاَّ أن يحجر السيد عليه التَّجرَ جملةً، والمدبَّر إن وجبت له في صحة السيد فكَالعبدِ، أو في مرضه، فإن اتفقا عَلَى شيء فما اتفقا عليه وإلاَّ فما قاله السيد إن صحّ، وما قاله[2] العبد إن مات السيد لكشف العاقبة عن استقلاله لنفسه، فإن امتنع المشتري من الصبر إلى صحة السيد أو موته: أوقف الحاكم السيد والمدبَّر فيتفقان على أخذ أو ترك، وإلاَّ أسقط الشفعة، إلاَّ أن يرى أن أمره لا يطول، فيوقف ثلاثةَ أيام، والمعتق إلى أجَل إن كان غير مأذون له ولم يضرب أجلاً، فالأمر لسيده، وإن ضرب أجلاً وصار بموضع لا ينزع ماله فالأمر للعبد دونه، وإذا لم يأخذ المكاتب حتى عجز قبل تمام السنة: فالأمر لسيده فيما بقي من السنة كالحرّ إذا مات قبل السنة لورثته بقية السنة، والمعتَقُ بعضُه إن كان مأذوناً فما اختاره، أو غير مأذون فلا بدّ من الإجتماع، فإن اختلفا ردّ، قال صاحب **النوادر**: إذا لم يأخذ العبد ولا المعتَق بعضه ولا المكاتَب ولا سلموا حتى عتقوا ولم يطُل الزمان فلهم الأخذ إلاَّ أن يستثني المعتق الشِّقص، قال في **المجموعة**: فلا أرَى ذلك له، ولو أراه[3] أخَذَ لَمْ أعبه لِوُجُوبها له.

---

(1) في (ي): المالك.

(2) في (ي): وما فعله.

(3) في (ي): رآه.

فرع

في **الجواهر**: إذا باع بعض[1] حصته لا يأخذ مع الشريك بالشفعة، لأن بيعه رغبة في البيع، وإنما الشفعة للضرر، وكذلك لو باع السلطان بعض نصيبه في دَين وهو غائب ثم قدم لأن يده كَيَدِهِ، قال أبو محمد: لو باع شقصةً ثم باعه المشتري له الشفعة لأنه بَيْعٌ ثان، فلعلّه يرضى بالمشتري الأول دون الثاني.

الركن الثاني: المأخوذ، وفي **الجواهر**: لا شفعة في غير الدور والأرضين والنخل والشجر وما يتصل بذلك من بناء أو ثمرة، ولا شفعة في دَيْن ولا حيوان ولا سفن ولا بَزٍّ ولا طعام ولا عَرَض ولا غيره انقسم أم لا، وقاله (ش) و(ح) لِما في الصحاح[2]: (**قضَى عليه السلام بالشفْعةِ في كُل مَا لَم يُقسَم، فإذا وَقَعت الحُدودُ وصُرِّفت الطرق فلاَ شُفعَة**) وهو يدل بالمفهوم على عدم الشفعة في المنقولات لتعذر الحدود والطرق فيها، ولِقوله[3] عليه السلام في مسلم: (**الشفعةُ في كل شِركٍ لم يُقسَم: رَبْعٍ أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكَه**) الحديثَ، والمبتدأ يجب انحِصارُهُ في الخَبَر فلا تشرع في المنقولات، قال ابن يونس عن مالك: إلاَّ أن يبيع الدين من عدوه أو نحوه فهو أحق لنفي الضرر، ولأن المكاتب أحق بما يباع من كتابته، وعنه[4] عليه السلام: (**الذِي عَلَيه الديْن أحق بما بِيعَ من مشتَرِيه**) قال مالك: هو أحق من غير قضاء عليه.

قال اللخمي: اختلف في الشفعة في اثني عَشرَ موضعاً: فيما لا يجوز التراضي بقَسمه كالنخلة الواحدة والشجرة وفحل النخل إذا بيع مُفرداً، وما لاَ يحمل القَسم إلاَّ بضرر كالحمَّام والدار الصغيرة وفي الساحة والطريق والجِدار وإن حَمل القَسم إذا بيع بعد قَسم الأصول، وفي الأنقاض إذا بيعت بغير أرض، وفي الماجل والبئر والعين إذا لم يكن عليها جُباة وقُسمت أو بيعت مفردة، وفي الثمار إذا بيعت مع

---

(1) (بعض) سقطت من (د).

(2) تقدم تخريجه.

(3) تقدم تخريجه.

(4) لم أقف عليه وأخشى أن يكون في هذا اللفظ تصحيف أو تحريف أو سقط.

الأصول أو مفردة، والزرع إذا بيع[1] مع الأصل في المساقاة، وفي رَحَا الماء ورَحَا الدواب بيعت بانفرادها أو مع الأرض، ويختلف على هذا في رقيق الحائط ودوابه إذا بيعت مَع الأصل أو مفردة، والثامن: المناقلة، والتاسع: بيع منافع ما فيه شفعة وهو الكراء، والعاشر: ما يوصي الميتُ ببيعه لغير معيَّن، والحادي عشر: الهبة والصدقة. الثاني عشر[2]: شفعة من شريكه بغير البلد الذي فيه المبيع، فَمَنَع[3] مالك في النخلة الواحدة والشجرة، لأن الشفعة إنما شرعت لِخوف قلة السَّهم في القَسم، أو تغير البنيان، وضيق الممرّ، وتضييق الواسع، وخراب العامر، ولو وجبت لضرر الشركة لوجبت في الجارية لدُخول ضرر منع الوطء بالشركة[4]، وأوجبها أشهب في النخلة والشجرة. واختلف عن مالك في الدار التي لاَ تنقَسِم، وهذا إنما يحسن إذا كان للمشتري أن يدعو إلى بيع الجميع، أما على القول بأنَّ مَن اشترى نصيباً بإنفراد ليس له أن يدعو إلى بيع الجميع لا يكون للآخر عليه شفعة، وكذلك إن كانت تلك الدار إن بِيع ذلك النصيب بانفراده لا يزيد على بيع الجملة، فلا شفعة، إذ ليس له أن يدعو إلى بيْع الجميع، وكذلك إذا كان بيعُ الجميع أتم وقال المشتري: الآن أنا أسقط مقالي ولا أدعو إلى بيع الجميع، ومتى أردت البيع بعتُ نصيبي إلاَّ أن يقال: إن الشفعة لدفع الضرر المتوقَع في طول أَمَد الشركة وأنه لا يقدر على إصلاح ولا جِذاذ ولا حرث إلاَّ برضا صاحِبه، وقال مالك في **المدونة**: في الحمام الشفعة خلافاً لِعبد المَلك، وهو اختلاف من قوله في النخلة ولا فرق، وأما الجدار يكون بين الدارين: فعند ابن القاسم: فيه الشفْعة، وعلى أصل أشهب: لا شفعة لأنه منع من قسمته، وإن حمل القَسمَ، وابقاه مرفقاً بينهما لخشبهما وأوتادِهِما، وكذلك قال في الماجل إذا اقتسما ما سواه وإن حَمَل القَسم، وفي المناقلة ثلاثة أقوال: فعن ابن القاسم: إن باع نصف أرضه بأرض

---

(1) في (د): اذا بيع الأصل.

(2) (الثاني عشر) سقطت من (د).

(3) في (د): فمن مَلك. وهو محرف.

(4) في (ي): بالتركة. وهو تصحيف.

أخرى وزيادة دنانير فيهِ الشفعة. وكان من قول مالك: إن علم أنه أراد المناقلة والسكنى دون البيعِ فَلاَ شُفعة، لأنه لم يرض بالخروجِ من داره، وقال عبد المَلك: إنما قال مالك: لا شفعة في دارين أو حائطين بين أشراك يناقل أحدُهم بعضَ أشراكه حصتَه من هذه الدار بحصته من الدار الأخرى أو الحائط، فيجمع كل واحد منهم في شيء واحد، لأنه إنما أراد توسعة حظه وجمعه، وأما إن ناقل بنصيبه من دار أخرى لا نصيب له فيها ففيها الشفعةُ، عامل بذلك بعضَ أشراكه أو أجنبياً، وقد رُوي عن مالك: أن في ذلك كله الشفعة، قال اللخمي: عدمُها إن اراد جَمعَ نصيبه أحسن، لأن الأصل: أن كل ذي مِلك أحق بملكه، وإنما وردت السنة بتغليب أحد الضررين بأن يُعادَ للمشتري مثل دنانيرِه، وخُصت الرباع[1] بذلك، لأن ضررها أشَدُّ، فإذا خرج من رَبعه لدفع مضرة من ربع آخرَ فهو أحق بما رَفَع المضرة منه وبما خرج من ملكه لأجله، وكذلك إذا أخذ نصيباً من دار لا شرِك له فيها والأمر في الأول أبين، وعن مالك: لا شفعة لمن لم يسكن، لأن الضرر الأعظم منعه من السكن[2]، فَعَلَى هذا لا يشفع في الحمَّام ولا الفندق ولا فيما يراد للغَلة ولا يسكن، وأما النقض: ففي المدونة: إذا أذنت لهما في البناء في عرصتك، ثم باع أحدُهما حصته: لك أخذها بالقيمة دون ما بيعت به وإن كان أكثر من قيمتها، لأن لك أخذَ النقض بالقيمةِ إلاَّ أن تكون القيمة أكثر فتأخذ بما بيع به لأن البائعَ رضي بذلك، فإن لم تأخذ فالشريك أولى من المشتري، لأن هدم نصف كلِّ بيت ضرر، قال اللخمي: النقض قسمان، لرجل دار يبيع نقضها دون أرضها، أو الأرض لك والنقض لآخر وقد أعرتها لأجَل وانقضى، واختلف في البيع[3] في هذين السؤالَيْن هل يصح أم لا.

---

(1) (الرباع) سقطت من (د) ولا بدّ منها.

(2) في (ي): السكنى.

(3) في (ي): البين.

فرع

قال الأبهري: قال مالك: إذا اكتريا أرضاً للزرع فاراد أحدهما كراء نصيبه: فالآخر أحق به لنفي الضرر، لا لأنه شفعة، فإن الزرع لو كان بينهما فباع أحدهما لم يشفع الآخر، وكذلك لو وُهِبت[1] لهما ثمرة شجرة عشرين سنة حُبساً عليهما فأراد أحدُهما بيعَ نصيبه بعد الطيب، فالآخر أولى، ولو أجَّر أحدُهما نصيبه من الدار لم يكن للآخر شفعةٌ لاختصاصهما بالأصول دون المنافع، وإنما وجبت فيما تقدم لأن الزرع يطول أمره والثمرة تتأخر مع المشتري، قال صاحب **المقدمات** فيما هو متشبث بالأصول كالثمرة والزرع والكراء ورقيق الحائط إذا بيعوا معه، والرحا إذا بيعت مع الأصل، والماء والنقض إذا بيع دون الأصل، فاوْجَبَها مَرة، ومرة جعل هذه كالعُروض.

نظائر، قال أبو عِمران: أن الدور والأرضون تخالف الأموال في أحدَى عشرة مسألة: الشفعة، ولا يحكم على الغائب فيها، ولا يُحلَّف مستحقُها، وتؤخر إذا بيع مال المفلس الشهرَ والشهرين، وخيارها في البيع أكثر نحو الشهرين، وإذا بيعت يُستثنَى منها سكنى السنتين، واليومان في الحيوان، ولا ترد بالعيب اليسير، وترد غَلتها من الغاصب، ولا تقسم في الغَنَائم، ولا يبيعهما الوصي ويبيع غيرها، ويجوز النقد في غائبها البعيد والتأجيل في خصومتها.

فرع

في **الكتاب**: إذا بنَى قوم في دار حبس عليهم، ثم مات أحدهم فباع بعضُ ورثتِهِ نصيبَه من البناء، شَفع أخوتُه. قال صاحب **النكت**: معناه: أن الميت الثاني أوصى بان يملك ما بنى وأنه لم يرد الحُبس، ولو[2] لم يُوص بذلك امتنع بيعُ الورثة له كما قاله في كتاب (الحُبس) فلا يتناقض قولُه، ويحتمل أن يكون الحُبس عليهم

---

(1) في (د): وجب.

(2) في (ي): وأنه لو لم.

للسكَن خاصة كالتعمير، لا حبس، وقيل: معناه: بَنَى شيئاً منفرداً بنفسه، وَمن بَنَى كذلك فهو على ملكه حتى يصرح بالحُبس، والذي في كتاب الحُبس معناه: بني مختلطاً بالحُبس.

فرع

في **الكتاب**: بَنَى في عَرَصتك بأذنك، ثم أراد الخروج فلك إعطاء قيمةِ النقض مقلوعاً كاستحقاق القَلْع شرعاً أو يأمُره بالقلع، فإن كانا اثنين فباع أحدهما حصتّه فلك أخذها بالأقل من الثمن أو القيمة، فإن أبيتَ فللشريك الشفعة نفياً لضَرر القَسم. في **التنبيهات**: إن بيع مبْنياً مع الأصل ففيه الشفعة اتفاقاً، وفي بيع حصته من النقض خلاف كان الأصل[1] لَهُما أو لغيرهما قائماً في البنيان أو نقضاً، وهما شريكان في الأصل، وقيل: يأخذ صاحب العرصة بالثمن فقط، وقيل: يأخذه مقلوعاً بالقيمة فقط، وقيل: يأخذه من المبتاع، وقيل: من البائع بالأقل من قيمته مقلوعاً أو الثمن، ويفسخ البيع فيه بَيْنهُ وبَين المبتاع، قال التونسي: أجاز البيع معَ أن المشتري يأخذ تارَةً النقضَ وتارة قيمتَه، ولهذا مَنَع أشهب البيعَ كبيع بقية العبد المعتَقِ بعضُه، والمعتِق مُوسِر قبل التقويم، لأن المشتري لا يدري أيحصل له نصف العبد أو قيمة؟ وقد يفرق بينهما: بأن العبد لا بدّ من تقويمه مع يسر المعتِق، والنقض قد لا يَرضَى رب العرصة بأخذه فهو كبيع الشّقص الذي له شفيع فأنه متَردد بين المبيع وثمنه، قال: وكيف جعل له الأخذ مع عدم شركته في النقض مع أنه قد قالوا: لو باع نقض دار على أن يقلعه فاستُحقت العَرصة فأراد المستحِق أخذ الشقص يأخذه من المشتري بالقيمة منقوضاً لا بالثمن، لأنه لا شركة في النقض، فالأشبه أن لا يأخذ بالثمن، ولعل المسامحة في هذا بسبب أنَّ ثَمَّ مَن يأخذ بالشفعة وهو الشريك في النقض، وهذا مقدم عليه فَحَلَّ مَحَلَّه، ولهذه العلة لو لم يكن معه شريكٌ لم يشفَع صَاحب الأرض، قال اللخمي: تارة يكون النقض لرجل والأرض لآخر، وتارة تكون دار لرجل فيبيع نقضَها دون أرضها، فاختلف في بيع النقض في

(1) (كان الأصل) سقطت من (د) ولا بدّ منها.

الصورتين، ويشبه ذلك بيع شِقص فيه شفعة، وشقص عند معتَقٍ بعضُه، والمعتِق موسر، وقال (ش) و(ح): لا شفعة في البناء والغرس إذا بيع وحده، لأنهما يصيران من باب المنقولات كالعُروض، والفرق: أن هذه تَبعٌ لما فيه الشفعة فأعطيت حكمَ متبوعاتها بخلاف العُروض.

فرع

في **الكتاب**: بينهما أرض ونخلٌ لها عين فاقتسمتُما الأرض والنخل، ثم باع أحدُكما نصيبَه من العَين، فلا شفعة، وكذلك البئر، لما جاء[1] (**لاَ شُفعةَ فِي بئر**) وإن لم يقتسموا وباع أحدُهم حصته من العين أو البئر خاصة، أو باع حصته من العين والأرض معاً ففيه الشفعة تبعاً، ويقسم شرب العين بالقِلد، وإن كان بينهما أرض ونخل فاقتسما الأرض خاصة فلا شفعةَ لأحدهما فيما باع الآخر من النخل لأن القَسم يمنع الشفعة، وإن اشتريت نخلة في جِنانِ رجل فلا شفعة لرب البستان، لأنه ليس شأنها القَسم.

فائدة: في **التنبيهات**: القلد بكسْر القاف وسكون اللام: القِدر الذي يُقسم بها الماء، قاله الأكثرون، وقال ابن دُريد: هو الحَظُّ من الماء يقال: سقَينا أرضنا قِلدَنا أي حظنا، وقال ابن قتيبة: هو سقي الزرع وقتَ حاجته، وقد تقدم بسطه في كتاب القِسمة[2].

وفي **النكت** قال بعض الشيوخ: إنما يصلح قسم النخل دون الأرض إذا اقتسماه على التراضي مع مواضعها من الأرض ويترك ما بين النخل شائعاً وإلاَّ فلا، لأن إفراد النخل بالقَسم لا يصحّ في مذهبه، قال ابن يونس: في **العتبية** عن مالك: الشفعة في الماء الذي يقتسمه الورثة بينهم بالأقلاد وإن لم يكونوا شركاء في الأرض والحوائط، وأهل كل قِلد يتشافعون بينهم دون أشراكهم نظراً للقِسمة، وقوله:

---

(1) رواه مالك في (الموطأ) في الشفعة، باب ما لا تقع فيه الشفعة، عن عثمان موقوفاً، وفي سنده انقطاع، ولفظه: اذا وقعت الحدود في الأرض فلا شفعة فيها، ولا شفعة في بئر ولا فحل النخل.

(2) صحيفة 29 من هذا الجزء.

اقتسما النخل دون الأرض، يريد: اقتسماه على القلع ويمتنع على البقاء إلاَّ ان يقسم بالأرض، إذ لو قسمت الأرض والنخل كل واحد وحده صار لكل واحد نَخلة في أرضِ صاحبه، وقاله ابن القاسم، قال محمد: لو قسمت النخل وحدها بِلاَ أرض بشرط فُسخَ ذلك، ولو كان بينهما نخلة فباع أحدُهما نصيبَه فلا شفعة، قاله في **الكتاب** لأنها لا تقبل القسم، ولو بيعت بثمرها، لأن الثمرة تبع، وقال عبد الملك: فيها الشفعة، لأن جنسها فيه الشفعة، قال اللخمي: إن باع أحدُهما نصيبَه من الحائط والماء صفقة فالشفعةُ فيهما فهي في الماء تبع لأنه من مصلحته، أو صفقتين وتقدم الماء فله الشفعة فيهما أو في أحدهما، أو تقدم الحائط وبيع الماء من غير مُشتري الحائط، شفع الحائط دون الماء لانفراده، فإن باعه من مشتري الحائط أو استلحقه به، قَبلَ أخذ الأصل أو تركه، قال محمد: كَبيعِهما معاً فلا يأخذُ أحدُهما دون الآخر، ويتخرّج أخذه الأول دون الثاني لأنهما عَقدان، كقولهم: إذا اشترى الأصول، ثم الثمار أو العبد، ثم ماله أو الأرض، ثم النخل: فالقياس أن يشفعهما، لأن المشتري[1] قصد إلحاق ذلك بالعقد، أو يشفع الأولُ وحده، لأن ذلك كان من حقه قبل شراء[2] الماء، فشراء الماء لا يسقط حقه، وإذا تقدم بيع الماء خُير في أخذ أحَدِهما منفرداً لأنه يَبع[3] في حيِّز الشركة وفي أخذهما لأنه[4] كالصفقة الواحدة، وفي اخذ الحائط وحده لاستقلاله بالعقد لأنه يستحق الماء بالحائط، ولا يستحق الحائط بالماء، كما لا يستحق العبد بماله، ولو بيع الحائط وحده ولم يوقف الشفيع فيترك[5]، ثم استلحق الماء كان للشفيع أخذ الجميع، لأنه تعذر[6] بعدم الماء أولاً وهُما يعملان على ذلك، وإذا كان لأحدهما ربُع الحائط وثلاثة أرباع الماء فباع

---

(1) في (ي): في قصد ذلك.

(2) في (ي): الشراء للماء.

(3) في (د): تبع في حين.

(4) في (ي): لأنهما.

(5) في (ي): فيترك الماء.

(6) في (د): لأنه يقدر تقدم الماء.

الأول حصتَه من الحائط والماء، فللآخَر ربع الحائط وما يستحق من الشرب لأجل الثلاثة الأرباع، لأن ثلاثة أرباع الحائط إذا سقاها صاحبها رُبُع الماء لم[1] يجب على الآخر أن يسقي إلاَّ من هذه النسبة فيكون ماء الذي له ثلاثةُ أرباع الحائط ثلاثة أجزاء، ومن الآخر جزء، واذا باع صاحب ثلاثة ارباع الحائط شفع الآخرُ الجميع، لأن جميعه شرب الجميع.

فرع

في **الكتاب:** إذا باع نصيبه من ثَمَر الشجر المزهي قبل قسم الأصل بينهم في مساقاة أو حبس: استحسن مالك فيه الشفعة ما لم يَيْبس قبل[2] قيام الشفيع، أو يباع يابساً فلا شفعة، وكذلك الزرع، قال مالك: ولَم يقُله أحد قبلي استحساناً وقياساً على العَرَايا التي جُوزت من أجل الرفق وقطع واطئة الرجل، فالشفعة في الثمار كذلك، قال ابن القَصَّار: هذه إحدى الروايَتَيْن عن مالك، وقاله (ح) خلافاً لـ(ش)، **لنا:** قوله[3] عليه السلام: (**الشفعةُ في كل شِرك**)، وهو عام، وقوله[4] عليه السلام: (**الشَّريكُ شَفيعٌ**) وهو عام، ولأن الشفعة في أصولها فتكون فيها كأغصانها وورقها. **احتج** بان الثمرة لا تدخل في البيع إلاَّ بشرط فهي مباينة لها فلا يشفع فيها كالطعام الموضوع في الدار، ولأنها لا تراد للبقاء والتأبيد، والشفعة إنما هي فيما هو كذلك.

والجواب عن الأول: الفرق لاتصالها بما فيه الشفعة.

---

(1) (لم) سقطت من (ي).

(2) (قبل) سقطت من (د) ولا بدّ منها.

(3) رواه مسلم في الشفعة رقم: 1608 من رواية جابر بن عبدالله. وأعلّه ابن حزم في (المحلى) كتاب الشفعة بعنعنة أبي الزبير راويه عن جابر. قال ابن الملقن في (خلاصة البدر المنير 101/2): ثبت في بعض طرقه في مسلم التصريح بالسماع من جابر فطاح ردّه. وتمام هذه الرواية من الحديث: في أرض أو ربعة أو حائط.

(4) رواه الترمذي في الأحكام، باب ما جاء أن الشريك شفيع، والطحاوي في (شرح معاني الآثار 268/2) عن عبدالله بن عباس، وأعل بالارسال، لكن له شاهد من حديث جابر قال الحافظ في (الفتح): باسناد لا بأس برواته.

والجواب عن الثاني: أنها تبقى لأنها تؤخذ شيئاً فشيئاً فيطول الضرر، قال صاحب **المقدمات**: ولا فرق في وجوب الشفعة فيها عند ابن القاسم، بيعت دون الأصل بعد زهوها أو معها، بعد الزهو أو قبله، بعد الإبار، أما قبلَ الإبار فلا شفعة، إذ لا حصة لها من الثمن، وإنما يأخذها على رأي ابن القاسم ما لم تُجَذ أو تَيبَّس إذا بيعت قبل الإبار من جهة الإستحقاق لا بالشفعة، قال صاحب **النوادر**: قال ابن القاسم: فإن أُجيحَت رجَع على من استشفع عنه، قال عيسى: ويرجع المشتري على بائعه، وعن مالك: في ثمرة العنب الشفعة، قال ابن القاسم: والمقاثي عندي كالأصول فيها الشفعة، لأنها ثمرة بخلاف البقول، قال أشهب: الشفعة في الثمرة كان الأصل لهما أم لا، ولَهما الثمرة فقط، وكذلك لو كان الأصل لِوَاحِدٍ فباع الثمرة أو نصفها من رجلين فالشفعةُ بينهما دون رب الأرض، وقال: لو لم يقسما شيئاً فباع نصيبَه من الأصل دون الثمرة أو العين، ثم باع نصيبَه من الثمرة أو العين فلا شفعةَ، كان الشفيعُ أخذ الأصل بالشفعة أم لا، وقال ابن القاسم: يشفع في الثمرة دون العين والبئر، وَلا لمشتري حصته إن لم تؤخذ منه الأرض بالشفعة، قال مالك: إذا أجره بثمرة نخلتَين على إبار حائطه فَباع الأجيرُ ثَمرتَها فلا شفعة وهي أجارة فاسدة، وله أجر مثله.

فرع

في **الكتاب**: لا شفعة في رَحَا الماء، وليس من البناء بل هي حَجَر ملقى، فإن بِيعَت مع الأرض أو البيت الذي تنصب فيه ففيه الشفعة دون الرحا بحصة ذلك أجراها الماءِ أو الدواب، وفي الحمام الشفعة، لأنها بناء، ولا شُفعةَ في بئر لاَ بياضَ لها ولا نخل وإن سُقِي بِهَا زرع أو نخل، وكَذَلكَ النهر والعين، ولو أن لها أرضاً أو نخلاً لم[1] يقسم فباع حصته من النهر أو العين خاصة ففيه الشفعة بخلاف بَيْعه لِمُشاع البئر بعد قَسم الأصل أو الأرض لإنتفاء التبَعية[2]. في **التنبيهات**[3]: يعني

---

(1) (لم) سقطت من (ي) ولا بدّ منها.

(2) في (د): الشفعة. ولعلّها الصواب.

(3) (في التنبيهات) سقطت من (ي).

بالرحا: المبنيةَ وموضعها من الأرض، لأنه تبع لا شفعة فيهما، قال أبو اسحاق: سواء العليا أو السفلى، وقوله: يشفع في بيتها دونها إذا بيعت معه، قيل: معناه: في العليا لأنها في معنى الحَجَر الملقى، وأما السفلى فداخلة في البنيان ومن جملة الأرض المشفوع فيها، قال: وظاهر قوله خلاف هذا، وعدم الفرق بين العليا والسفلى عند من شفع وعند من لا يشفع، لأن أشهب الذي يَرى فيها الشفعة يقول: هي كباب الدار ورقيق الحائط يحكم له بالإتصال وهو منفصل، وقال أشهب: الشفعة في الجميع كباب الدار وآلة الحائط بيعت مُفردة أو مع الحائط إلاَّ أن ينصبوها في غير أرضهم فلا شفعة، وهي التي تجعل وسط الماء على غير أرض، وأما ما ردم حتى يتصل بالأرض: ففيه الشفعة، لأنه في حكم الأرض، وعن مالك: الشفعة في الرحا إذا بيعت من أصلها، وفي كل ما هو فيها مبني، فإن بيعت الحجارة وحدها فلا شفعة، وعنه أيضاً: يشفع في البيت وموضع الرحا دون الحجارة، وإذا بِيعَت الدار وفيها مطاحين إن كانت غير مبنية: اتفق الشيوخ أنها للبائع، أو مبنية: فالسفلَى للمشتري وفي العليا خلاف، وهو يبطل قول مَن جعلها كعرض ملقَى، قال بعض الشيوخ: الخلاف فيها مبني على الخلاف في شفعة ما لا ينقسم إلاَّ بفساد كالحمَّام والآبار، وكذلك يختلف إذا بِيع حَجَرها وهو مبني، وكذلك الخلاف في رقيق الحائط (إذا بيع مفرداً، وقيل: لا خلاف فيه وإنما الخلاف إذا بيع الحائط[1]) وقال (ش): لا شفعة في الطاحون إلاَّ أن تكون أحجاراً تقبل القسمة، وكذلك الحَمَّام إلاَّ أن يمكن قسمتها حمامَيْن، وأَوجَبَها (ح). وإن لم تقبل القسمة[2] قياساً على ما يقبل[3] (قال ابن يونس:قال أشهب: رحا الماء والدواب سواء إذا نصبا معاً فيما يملكان، فإذا باع أحدهما نصيبَه ففيه الشفعة، وللشفيع فسخ البيع إلاَّ أن يدعو البائع للقسم. فإن قاسم وصار موضع الرحا للبائع جاز البيع أو لشريكه انتقض، والحمام أولى بالشفعة من الدار لما في قسمتها من

---

(1) ما بين القوسين سقط من (ي).

(2) (القسمة) سقطت من (د) وهي ضرورية.

(3) ما بين القوسين بطوله سقط من (د).

الضرر، قاله مالك وأصحابه أجمعون، وعنه: لا شفعة في الحمام لأنه لا يقسم، قال سحنون: لا شفعة في الأندر قياساً على الأفنية، وخالفه ابن وهب قياساً على غيره من الأرض) قال صاحب **المقدمات** في شفعة ما لا ينقسم كالنخلة والشجرة قولان، الثبوت لإبن القاسم في أحد قولَيْه، ولأشهب، لأنهما من جنس ما ينقسم، والنَّفْيُ لمُطَرف، وعلى هذا اختلاف المتأخرين في عَلة الشفعة، فمَنْ خصَّصَها بما ينقسم عَلَّل بضرر الشركة لإمكان انفِصالِهَا بالقسمة، بل العلة ضرر القسمة لأنها قد تنقص القيمة[1]، وقد تخرج إلى استحداث مرافق وأجرة القاسم، ومن لم يخصص عَلَّل بالشركة فإنها توجب توقف الشريك في تصرفه على اذن الشريك، ولا ينتقض بالعروض لعدم تشاح[2] الناس في بيعها فينعدم الضرر بخلاف العقار، وقال (ح): الشفعة[3] فيما لا ينقسم من العقار كالحمام، خلافاً لـ(ش)، **لنا**: قوله[4] عليه السلام: (**الشريك شفيع**) وقوله[5] عليه السلام: (**الشفعةُ في كل شِرِك**)، وقوله[6] عليه السلام: (**الجارُ أحَقُّ بصقَبْه**)، وقياساً لِضرر الشرك على ضرر القسمة، ولأن الشفعة لما تعلقت بالعقار استوى فيه ما ينقسم وما لا ينقسم، كما أنها لما لم تتعلق بغيره استوى ما ينقسم وما لا ينقسم، ولأن الشفعة في العرصة قبل البناء فتجب بعده عملاً بالإستصحاب. **أحتج** بقوله[7] عليه السلام: (**الشفعةُ فيمَا لَم يُقسَم**) وذلك فرع إمكان القسمة، وبقوله[8] عليه السلام: (**لاَ يحل مالُ امريء**

---

(1) في (ي): القسمة. وهو تحريف.

(2) في (ي): تشاجر.

(3) (ح) سقطت من (د).

(4) تقدم تخريجه.

(5) تقدم تخريجه.

(6) رواه أبو داود في البيوع، باب في الشفعة رقم: 3516 والنسائي في البيوع باب ذكر الشفعة وأحكامها رقم: 320/7) عن أبي رافع، وأصله في البخاري وهو صحيح.

(7) تقدم تخريجه.

(8) رواه أحمد في المسند 72/5 و425) والدارقطني رقم: 300 . والبيهقي في (السنن 100/6) والطحاوي في (شرح معاني الآثار) وغيرهم من طرق عن جماعة من الصحابة. وهو صحيح. أنظر (ارواء الغليل 279/5). وقد تقدم تخريجه.

مسلم إلاَّ عنْ طِيبِ نَفسه) والمشتري لم تطب نفسُه، وبقول عثمان رضي الله عنه: (لا شفعة في نَهر ولا نخل) ولا مُخالفَ له فكان إجماعاً، وقياساً على النخلة الواحِدة، ولأن الشفعة إنما وجبت حيثُ يرتفع الضرر عن البائع، وها هنا لا يقدر على أخذ الثمن من الشريك كما يريد، ولا من الأجنبي لعلمه بأنه يؤخذ بالشفعة ولا يتمكّن من القسمة، بخلاف ما ينقسم يتمكّن من القسمة، ولأن الشفعة وجبت لضَرر القسمة، وهذا لا ينقسم فلا شفعة.

والجواب عن الأول: أن هذا لم يقسم فتجب فيه الشفعة، وهذا – عندنا – يقسم بالتراضي، إنما الذي لا ينقسم كالجريدة والنخلة التي تؤدي إلى إفساد، ولو تراضيا كانا شفيعين[1].

والجواب عن الثاني: أن عدة[2] من الصحابة رضي الله عنهم خَالَفَه.

والجواب عن الثالث: أن الشقص مال للشفيع، لقوله[3] عليه السلام: **(الشفعةُ فيمَا لَمْ يُقسم)**.

والجواب عن الرابع: الفرق أن النخلة لا تنقسم بالتراضي بخلاف الحمَّام.

والجواب عن الخامس: أنه قائم فيما إذا كان ينقسم بمدافعة الشريك في القسمة فيضطره للبيع بالبَخْس[4]، أو كان الحاكم يَرى الشفعة للجار.

والجواب عن السادس: أن سبب الشفعة ضرر الشركة وهو موجود. ونقول[5]: الحكم معلل بِعلتيْن فأيّتهما وجدت ترتب الحكم.

فرع

في الكتاب: إذا أبتاع نخلاً ليقلعهَا، ثم ابتاع الأرض فاقر النخل، ثم استُحق

---

(1) في (ي): سفيهين.

(2) في (ي): غيره. وهو الصواب.

(3) تقدم تخريجه، وأشير اليه آنفاً.

(4) في (د): بالجنس. وهو تصحيف.

(5) في (د): أونقول.

نصف جميع ذلك كله أخذ نصف النخل والأرض بالشفعة بنصف ثمنها لا بالقيمة، لأنهَا كالصفقة الواحدة، فإن لم يشفع خير المبتاع بين التمسك بالباقي لتفريق الصفقة بالإستحقاق، وكذلك لو اشترى عَرصة فيها بنيان على أن النقض[1] لرب الدار، ثم اشترى النقض، أو اشتراه أولاً ثم العرصة، فالشفعة في العرصة والنقض، العرصة بالثمن والنقض بقيمته قائماً لكشف الغيب خلافَ ما دخل عليه أولاً، ويمتنع شراء بعض[2] شقص شائع أو حصة من نخل على القلع إذا كان شريك البائعِ غَائباً لعجزهما عن القلع إلاَّ بعد القسم، ويمتنع أن يقاسِم البائعُ شريكَه النخلَ ليقلعها إلاَّ مع الأرض، ولو اشتريتَ نقضَ دار قائمة على القلع، ثم استُحق نصف الدار فَلَكَ رد بقية النقض لتفريق الصفقة، ولا شَفعةَ للمستحِق لأنه بيع على القلع ولم تَبع أنت[3]، ولو استُحق جميع الأرض دون النقض أو كانت نخلاً بِيعَت للقلع فاستحقت الأرض دون النخل صَحَّ البيع في النقض والنخل، وللمستحق أخذ ذلك من المبتاع بقيمته مقلوعاً لا بالثمن[4] لا بالشفعة ولكن للضرر، فإن لم يأخذ أضر المبتاعَ بقلعه، قال صاحب **التنبيهات**: قولُه: إبتاع نخلاً ليقلعها – إلى قوله أَخذها بنصف الثمن، أمر سحنون بطرحها، واختلف في تأويل قوله: نصف الثمن: فقيل: نصف ثمن النخل، ونصف ثمن الأرض، وهو في الموازية. وقال[5] أشهب: الشفعة في الأرض دون البناء والنخل، وقال سحنون: يخيَّر المستحِق أولاً فإن أجاز بيعَ نصيبِه ودفعَ الثمن لم يكن للمشتري كلامٌ، وإن أخذ ما استحق رَجَعَ المبتاع[6] على البائع بنصف الثمن، وينظر إلى النخل، فإن تفاضل جنسُها وقدرُها فُسخ البيع في نصف البائع، لأنه لما باع على القَلع صار

---

(1) في (ي): النقص. في الموضعين.

(2) في (ي): نقص. وهو تصحيف.

(3) في (د): ولم يبع.

(4) (لا بالثمن) سقطت من (ي).

(5) في (ي): وقيل عن أشهب.

(6) في (ي): . . بما استحق صار على البائع بنصف الثمن.

الثمن مجهولاً لا يعرف ماذا يقع له في القَسم، لأن الأرض تقسم مع النخل فيقع في نصيب كثير من النخل مع قليل من الأرض، فإن لم تختلف الأرض ولا النخل حتى تنقسم على الإعتدال صَحَّ البيعُ في نصف البائع، ويبدأ بالمشتري في ردّ ما بيده أو حبسه في قول أشهب، فإن حبس شفع في الأرض والنخل بنصف الثمن، وقال ابن القاسم: يبدأ بالشفيع، وقلّ أن تُوجد أرض ونبَاتها متفق، قال صاحب **النكت**: إنما أخذ النقض[1] بقيمته لأن مشتريَه اشتراه على القطع لا على البقاء، والأرض قد خرجت عنه بالإستحقاق فلا سبيل إلى بقاء النقض، أما إذا تقدم شراءُ الأرض فما اشترى النقض إلاَّ ليبقيه، فإذا استحق العرصة أخذ النقض بالقيمة قائماً كما لو أحدث المشتري هذا البناء لأنه زاد في ثمنه لأجل بقائِه، ولو استحق نصف العرصة (خاصة وقَد اشترى النقض أولاً للقلع ثم العرصة: فإما يأخذ المستحق ما قابل ما استحق من الأنقاض بقيمته مقلوعاً، كَمَا إذا استُحقت العرصة[2]) كلها يأخذ النقض بقيمته مقلوعاً، والنصف الآخر الذي لم يستَحق يأخذه بالثمن، لأنه أخذ شفعته، لأنه جُعل شريكاً[3] في الجملة بهذا المستحق، قال التونسي: إذا اشترى ارضاً بعبد فاستُحق نصفُ الرض يبدأ بالشفيع عند ابن القاسم إن أُخذ النصف الباقي بالشفعة رَجَعَ بائع العبد بنصف قيمة العبد لضرر الشركة، وكان مشتري العبد فَوَّت نصفه لما أخذ من يديه نصف العبد لو لم يرد نصف المُقابل للإستحقاق، وأضر بالشركة، وغَرَم (نصف[4] العبد مع أنه مجبور على أخذ نصف الأرض من يديه، وعن مالك: إذا اشترى النقض) ثمَّ الأرض أو بالعكس يأخذ النقض بقيمته قائماً لا بالثمن كما في **المدونة** ولأشهب: لا شفعة في النخل ولا في النقض، وفرق محمد: إن تقدم النقض فالشفعة في ذلك، أو تقدم الأرض لا شفعة في النقض وبالثمن أصح، لأنها كالصفقة الواحدة لما لحق بعضها بعضاً، ولأن

---

(1) في (ي): الشقص. وهو تصحيف.

(2) ما بين القوسين سقط كلّه من (ي).

(3) في (د): لأنه مصل شريك.

(4) ما بين القوسين سقط من (د).

النقض[1] إذا كان تقدم[2] بأخذه بالقيمة يُوجب الزيادة للمشتري، وإن تقدم الأرض زاد في ثَمن النقض، وقد لا تبلغ الزيادة قيمة النقض قائماً، فإن أعطيناه القيمة قائماً انتفع الآخذ[3] أيضاً، فالأعدل الثمن، وفي كتاب محمد: إذا اشترى النخل على القلع، ثم الأرض فاستحق نصفها: فالشفعة في الأرض خاصة، ويؤمر صاحب النخل بالقلْع، قال: وإن شاء أخذ نصف النخل بالشفعة ويترك نصف الأرض، فجعل الشفعة فيما لم يقدر على بقائه، بل يأخذه للقلع، قال: وفيه نظر، وإنما شبهه بالنقض فيه الشفعة، ولا يملك بقاءه في قاعة من لا يسكنها إلاَّ برضاه، ويمتنع بيع نصف النخل على القَلع دون الأرض المشتركة لتعذر قسمة النخل إلا بالأرض، فيصير المبيع مَجهولاً إلاَّ أن تستَوِيَ أجزاء الأرض وأفراد النخل، وكذلك لو اشترى بناء الدار[4]، ثم (اشترى الدار[5] ثم) استُحق نصف الأرض والبناء، يفسخ بيع المشتري نصف الأرض[6] لتعذر وصُوله لما اشتراه، لأنه إن قاسَم البائعَ ومكَّنه من نصف النقض فالنصف الذي هو للبائع قد صار يقل بجودة البناء أو يكثر بزيادة البناء، فيصير[7] مجهولاً إذ لا يُضَم إلاَّ مع غيره، ولو أُمكن مساواة البناء للقاعة صح كما في الأرض. وفي **الكتاب**: إذا اشترى النصف للقلع فاستُحق نصف الأرض: فلمشتري النقض بقيمته مقلوعاً أن يأمره بقَلعه، وأنكرها سحنون، لأن البائع إن كان غصب الأرض فأعطى الغاصب قيمةَ النقض منقوضاً وانتقضَ شراء المشتري، وإن شاء سلمهُ للمشتري بنقضه، وإن كان البائع للنقض اشترى الأرض أعطاه قيمة النقض قائماً وانتقض البيع في النقض، ولا يقول المشتري: خُذْ[8] هذه

(1) في (ي): البعض. وهو تصحيف.
(2) في (ي): . . تقدم وأخذه.
(3) في (ي): الآخر.
(4) ما بين القوسين سقط من (د).
(5) في (ي): فناء.
(6) في (ي): النقض.
(7) في (د): فما يصير.
(8) في (د): أخذ.

القيمة التي أخذها البائع مني كمن باع سلعة بمائة ثم باعها آخر بتسعين، ليس للأول أخذها بتسعين، وإن قال مستحِق الأرض: لا أعطيه قيمة البناء أعطاه بائع النقض قيمةَ أرضه، ويجوز بيعه في النقض قيمة[1] أرضه، فإن امتنع كانا شريكيْن، وينتقض بيع المشتري فيما صارَ من نصف النقض لمستحِق الأرض، ويجوز بيعه فيما صار لبائع النقض، لأنه صار كمشتري النقض مقلوعاً ليشتري أكثر.

قال اللخمي: في الثمار ثلاثة أقوال: فيها الشفعة بيعت مع الأصل أو مفردة، كان الشفيع شريكاً في الأصل أم لا، لمالك[2]، ولا شفعة فيها مطلقاً بِيعت مع الأصل أو مفردة، لعبد المَلك، وفيها إن بيعت مع الأصل وإلاَّ فلا، لأشهب[3]، مبنية على أنها محل ضرورة كالعَرَايا، أو هي منقولة كالعُرُوضِ أو ينظر تبعيتُها في العَقد لما فيه الشفعة، فإن باعَ نصيبَه من الثمرة، والحائطَ من أجنبي استشفع الشفيع فيهما، فإن سَلم ثم باع أحدُ الشريكين نصيبَه أو من الثمار مفردة ثم باع بعد ذلك أحدُ الشريكين في الثمرة نصيبه: فالشفعة على قول ابن القاسم لشريكه في الثمرة لم يكن باع، وعلى قول أشهب لشريكه في الثمرة لأنه معه كأهل سهم، فإن سلم فلمن له الأصل، وإن باع مَن له الأصل نصيبَه من الثمرة فالشفعة للذين اشتروا الثمرة، وإن باع نصيبه من الأصل والثمرة فالشفعة، ولا يقول: مشتري الأصل يأخذ الجميع أو يترك الجميع، ولا يعض على الصفقة، لأنه لا شركة لها في الأصل، وَكذلك إن سَاقى[4] أحدهما نصيبه في الحائط فلشريكه الشفعة، فإن لم يأخذ ثم باع أخذ المسَاقِي نصيبَه بعد الطيب فللشريك الشفعة، فإن سلم فهي لصاحب الأصل، فإن باع صاحب الأصل فالشفعة للمساقاة، وقال محمد: إذا سَاقَى أحدُهما نصيبَه لا شفعة للشريك، وعن مالك: إذا سَاقَى حائطه للعامل الربُع فباع رب الحائط نصيبَه من الثمرة بعد طيبها: للمساقي الشفعة، لأنه شريك، وكل من له شريك

(1) (قيمة أرضه) سقطت من (ي).
(2) (لمالك) سقطت من (ي).
(3) في (ي): ولأشهب.
(4) في (د): سافر. وهو تصحيف.

شافعه، قال صاحب **المقدمات**: لا خلافَ في الشفعة في النقض إذا بيع مع الأصل، لأنه تَبع له، فإن بيعَ ثم طرأ استحقاق يوجب الشركة، أو باع أحد الشريكين نصيبَهُ منه دون الأصل، وهو متساوي الصفة، يجوز فيه البيع لوجوب قسمته مع الأصل، ففي الشفعة فيه قولان من **المدونة**، وكذلك النقض القائم والعرصة لغيرهما فباع أحدهما فالخلاف كذلك إن أبى صاحبُ العرصة أن يأخذه، لأنه مبدأ عليه لاَ لأنه شفيع، بَل لنفي الضرر، واختلف ها هنا مِمّن يأخذُ ربُّ العَرصة النقض وبما يأخذه؟ فقيل: من المبتاع بقيمته مقلوعاً، وقيل: بالثمن، وقيل: بالأقل منهما، وقيل: بالقيمة من البائع[1] مقلوعاً، أو بالأقل منهما، ويفسخ البيع بينهُ وبين المبتاع فيرجع على البائع[2] بالثمن الذي دفع إليه، وكل ذلك قد تأول على **المدونة** والأظهر منها: الأخذ من البائع بالأقل منهما، والأظهر في القياس: الأخذ من المبتاع بالقيمة مقلوعاً، وهذا كله على القول بجواز بيع النقض قائماً على القَلع، وهو مذهب ابن القاسم في **المدونة** خلافاً لأشهب وسحنون.

وفي[3] شراء النقض على الهدم أو النخل على القلع وشفعتهما مسائل ستة:

المسألة الأُولى: شراء النخل على القلع ثم تُستَحق الأرض: ففي **الكتاب**: للمستحِق أخذ النخل من المبتاع بقيمتها مقلوعةً للضرر لا للشفعة، وعلى القول بِمنع البيع: يفسخ وترجع لبائعها، ولا يأخذها المستحق.

المسألة الثانية: شراء النخل على القلع، ثم شراء الأرض فيستحقها رجل، رَجَع المبتاع على البائع بثمن الأرض المستحقة، ثم الحكم بين مُبتاع النخل والمستحق في النقض على ما تقدم.

المسألة الثالثة: تُشتَرى الأرض أولاً ثم الأنقاض فتستحق الأرض، فللمستحِق أخذ النقض بقيمته قائماً عند ابن القاسم، لأنه زَادَ في ثمن النقض ليبقيه في أرضه،

---

(1) في (ي): بقيمته.

(2) في (د): المبتاع.

(3) في (ي): في شراء. وهو خطأ.

وينبغي على هذا إن امتنع مِن دَفع القيمة قائماً أن للمشتري أعطاء قيمة الأرض براحا[1] فإن أبى اشتركا، وينبغي على مذهب سحنون إن كان البائعُ غَصَبَ فللمستحق دفعُ قيمة النقض منقوضاً، وينتقض البيع بينه وبين المشتري فيرجع عليه بالثمن، فإن أبى مضى النقض للمشتري بشرائه، والمستحق للأرض على حقه، فإن لم يتفقا في ذلك على شيء بيعت الدارُ وقُسم الثمن على قيمة النقض قائماً وقيمة العَرصة بَرَاحا (وإن كان[2] بائع النقض مشترياً دفع المستحق قيمة النقض وانتقض البيع، فإن امتنع دفع له البائع قيمة العرصة براحا)، وإن لم يتفقا على ما يجوز بيعت الدارُ وقُسم الثمن في القَيم، فإن امتنعا من ذلك اشتركا وانتقض البيعُ فيما صار من النقض للمستحِق، ومضى فيما صار منه للبائع.

المسألة الرابعة: يشتري النخل أولاً على القلع، ثم الأرض، فيستَحق نصف الأرض والنخل.

المسألة الخامسة: يشتري الأرض، ثم النخل، فيستحق نصف الأرض والنخل: فثلاثة أقوال: لا شفعة في النخل، قاله أشهب وابن القاسم في المدونة في أحد قوليْه، وفيها الشفعة لابن القاسم في المدونة، والشفعة فيها إن اشتراها قَبلَ الأرض، ولا شفعة إن تقدمت الأرض قاله محمد. **الثاني:** يأخذ المستحق نصف الأرض ونصف النخل شفعة بنصف الثمن، وله أخذ نصف الأرض، ويقلع المبتاع النخل في المسألة الرابعة، ويبقى على حقه فيها في المسألة الخامسة إذا لم يشترها على القَلع، وله أخذ النخل وترك الأرض، وعلى الأول: فاختلف هل يأخذها بالقيمة لنفي الضرر قولان، وإذا قلنَا باخذها: فالقيمة قائماً في المسألتيْن على ما في بعض روايات المدونة وعلى قياس قول عبد الحق الذي حكاه: لا يأخذ إلاَّ بالقيمة[3] إلاَّ في المسألة الخامسة.

---

(1) (براحا) سقطت من (د).

(2) ما بين القوسين سقط من (د).

(3) في (ي): إلاَّ بالقيمة لنفي الضرر في المسألة الخامسة.

المسألة السادسة: يشتري النخل خاصة على القلع فيستحق نصف الأرض والنخل، انتقض البيع فيما بقي بيد المشتري من النخل، لأنه لا يقدر على ما اشتراه إلاَّ بمقاسمة البائع لمستحق الأرض مع النخل، وإذا قَاسَمه قد يقل ما يحصل له بجودة الأرض فيصير المتمسك به مجهولاً، على أن ابنَ القاسم قال في **المدونة**: إذا اشترى نقضَ دار على القلع، ثم استُحق نصف الدار: له رد ما بقي، وظاهر قوله: ان له التمسك، وفيه نظر إلاّ[1] أن يريد النقض والأرض المستويين.

فرع

قال: واختلَف قول مالك في الشفعة في الزرع، ولا فرق عند من رأى فيه الشفعة أن يباع دون الأصل اذا حل بيعُه أو مع الأصل بعد النبات أو قبل النبات، وقيل: ما لم ينبت لا شفعة لعدم حصته من الثمن كالثمرة التي لم تؤبر، والخلاف في شفعته في **المدونة** لتعليله عدم الشفعة بامتناع بيعه حتى يَيْبَسَ، فَعَلَى هذا فيه الشفعة اذا بيع قبل اليبس على مذهب مَن يُجيزُ ذلك من العلماء وَمَن يَرى من أصحابنا العَقدَ فَوتاً[2] أو إذا بيع الأصل. وعلى هذا الخلاف يترتب طروُ الشفيع على الأرض المبذورة قبل طلوع البذر أو بعد طلوعه، فإن طرأ قبل الطلوع: فثلاثة أحْوال[3]: إن كان المبتاع هو الباذر فيأخذها الشفيع ويبقى البذر لباذره على قول مَن يجري أخذ الشفعة مجرى الإستحقاق، وعلى قول من يجريه مجرى البيع يمتنع الإستشفاع الا بعد طلوع البذر. وقيل: يأخذه بقيمة البذْر والعمل، وقيل: بقيمته على الرجاء والخوف كالسقي والعلاج في الثمرة، وان كان الباذر البائع أخذها الشفيع مبذورة بجميع الثمن على القول في الزرع الشفعة، وعلى القول الآخر بما ينوبُها من الثمن اذا أُجري أخذ الشفعة مجرى الاستحقاق، وعلى قول مَن يجريه مجرى البيع لا يأخذ حتى يبرز الزرع، وان كان غيرهما الباذر أخذ الأرض

(1) في (ي): وفيه نظروا ما ان يريد الخ. وهو محرف.

(2) في (ي): فإذا بيع مع الأصل على هذا الخلاف يتركب طروء الخ.

(3) في (ي): أقوال.

بالشفعة بجميع الثمن دون البذر، فإن طرأ بعد النبات فالثلاثة الأحوال غيرَ ان الوجهين من الثلاثة أوجه لِيستوي[1] الحكمُ فيهما أن يبذر المبتاع أو[2] الأجنبي فيشفع في الأرض دون الزرع بجميع الثمن على القول بالشفعة في الزرع، ويأخذ الأرض دون الزرع بما ينوبها من الثمن على القول بعدم الشفعة في الزرع، (وان طرأ الشفيع بعد يبس الزرع[3]) فلا شفعة، ويأخذ الأرض بجميع الثمن اذا كان البذر للمبتاع أو للأجنبي، وإن كان للبائع أخذ الأرض بما ينوبها من الثمن، وأما طروُ المستحِق: فإن استحق الأرض والزرع مثل أن يزرع الرجل أرضه فيبيعها (غيره فيخيَّرُ بين إجازة البيع أو يأخذهما ، وان استحق الأرض فقط فثلاثة أحوال: إن كان البذر للمستحَق منه[3]) وهو غاصب، فحكمه حكم الغاصب، وان لم يكن غاصباً: فلا شيء للمستحق في الزرع، ولا لَه قلعُه، وانما له الكراء ان لم يفت الإبّانُ، وان بذر أجنبي بوجه شرعي فهو له، ويأخذ المستحق أرضَه، وله على الزارع الكراء ان كان اكثر منه، وان كان الغاصب هو الذي أُكرى منه: فله الكراء أيضا ان لم يفت الإبّانُ، وان فات الإبّان جرى على الخلاف في غَلة الأرض المغصوبة، وان كان الباذر البائع فيأخذ المستحِق أرضَه، وينفسخ البيع في الزرع، ويرجع المبتاع بجميع الثمن على البائع، وفي **الموازية**: يبقى الزرع للمبتاع، وهو بعيد، فهذا القول في طروُ كل واحد منفرداً. وهو يغني عن القول في اجتماعهما.

فرع

قال صاحب **النوادر**: إن اشترى الأرض أُولا، ثم النخل. فلا شفعة الا في الأرض، لأن النخل بيعت، ولاحق للبائع في الأرض، كما اذا باع نصيبه من النخل دون العين والبئر ورقيق الحائط، ثم باع نصيبه من ذلك فلا شفعة فيه.

---

(1) في (ي): فيستوي.

(2) في (ي): والأجنبي.

(3) ما بين القوسين سقط من (ي).

فرع

قال: قال في الموازية: إن اشْتَرى أرضا يزرعها الأرض[1] فاستحق الارض والزرع أخضر فالشفعة في الأرض دون الزرع، ويفض الثمن عليها، ثم قال: فإن استحق نصفهَا شفع بل ليس له ان يأخذها الا بزرعها، فإن كره المشتري بقية الصفقة لكثرة المستحق: قال ابن القاسم: يبدأ بتخيير الشفيع، فإن لم يشفع خُيِّر المشتري في الرد، وبدأ أشهب للمشتري، وحجة ابن القاسم: أنه ليس بيع خيار بل بَتل وجبت فيه الشفعة، فهو كَعيب يرضى به الشفيع فهو المبدأ، وأنكر سحنون قول أشهب في الزرع. وقال بقول ابنِ القاسم انه لا شفعة في الزرع، قال سحنون: بخلاف رقيق الحائط والبئر وآلآتِه تباع مع الحائط، لأن هذه صلاح للحائط، والبناء صلاح للدار، والزرع لا تقوم به الأرض. وفي الموازية: ان اشتراها قبل ظهور زرعها فهو كغير المأبور من الثمار يشْفعها بالثمن والنفقة، فإن لم يقُم حتى ظَهَر صار كمأبور الثمار يأخذها بثمرها، قاله ابن القاسم، وقال أشهب: يأخذها[2] دُون الثمرة، لأن الشفعة بيع، ومأبور الثمار للبائع، ويأخذ النخل والأرض وحدها بجميع الثمن بعد وضع قيمة الطلع، وقيمة البذر على غرره. ولو اشتراها بزرعها الأخضر[3] والزرع بعدها فاستحق نصف الأرض فسخ عن المبتاع نصف ثمن الزرع والأرض، وبقي البائع شريكا في الزرع، والمستحق شريكا في الأرض، فإن شفع نصف الأرض انفسخ بقية الزرع وصار كله للبائع، وعلى البائع الكراء في النصف المستحق من الأرض، وقال سحنون: تنفسخ الصفقة لجمعها حَلاَلاً وحراما لبقاء نصف الزرع الأخضر بلا ارض.

---

(1) كذا في (د) والكلمة مطموسة لا تقرأ في (ي).

(2) في (د): يأخذ ما دون الثمرة.

(3) في (د): أو الزرع.

فرع

قال: قال أشهب: لا شفعة في جريد النخل وسعفها لأنه لا يصلح بيعُه قبل إبان قطعه.

فرع

قال: قال محمد: اذا اشترى اصولا فيها ثمر مؤبر بغير ثمرها جاز شراؤه الثمر قبل طيبها، وكأنهما صفقة واحدة، وشفع فيهما الشريك، وليس له أخذ أحدهما دون الآخر، فإن اشترى النصف من الأصول، ثم نصف الثمر بعد طيبها له إشفاع أحدهما، وكليهما، فإن اشتراهما بعد الطيب في صفقة واحدة فلا يأخذهما إلا جميعاً كقول ابن القاسم في الجائحة إذا اشتراهما بعد الطيب في صفقة لا جائحة فيهما، وإن اشترى الأصل ثم الثمرة: ففيها الجائحة عنده، وإن اشتراها بعد طيبها بعد شراء الأصل أو معه فلا جائحة، قال أشهب: لو باعَا حائطهما وفيه ثمرة، ثم باع أحدهما نصيبَه منها فلا شفعة لعدم شركتهما في الأرض، قال محمد: ولو اشترى ثمرة قبل زهوها ثم اشترى الرقاب بعد طيب الثمرة: فالشفعة في الأصول فقط، ويفسخ بيع الثمرة وترد، لأنها إنما فاتت بالطيب في نخل البائع، ولو جَذَّها المبتاع يابسةً أو رطبة ردّها أو مثلها إن فاتت، أو قيمتها يوم الجذاذ إن جهلت المكيلة، ولو اشترى الأصول قبلَ طيب الثمرة فطيبها في الشجر فوت لأنها فاتت في نخل المبتاع، ويرد قيمتها يومَ العقد في الأصول، ويومئذ تجب فيها الشفعة بالقيمة، وفي الأصول بالثمن، لأنّ الثمرة إنما وجبت بملكه الأصل[1] فهي كصفقة واحدة وليس في المسألة الأولى شفعة لطيبها في يد البائع.

فرع

قال: قال ابن القاسم: المقاثي كالأصول فيها الشفعة، لأنها ثمرة بخلاف البقول.

---

(1) في (ي): الأرض.

فرع

قال: قال مالك: لا شفعة في الدِّين إلاّ لضرورة عداوة أو نحوها كالمكاتب، وعنه: حسن أن تكون له مطلقاً، ولا يقضى به اذا بيع من الكتابة ما يعتق به المكاتب، فهو احق به، وأما بيع الشريك نصيبَه من الكتابة لا يشفع الآخر ولا المكاتب، لأنه لا يعتق به.

فرع

قال صاحب **المقدمات**: واختلف في الشفعة في الكراء إذا انفرد عن بيع الأرض لا يتصور الخلاف في غير ذلك، كما أن الخلاف في رقيق الحائط إنما هو إذا بيع مع الأصل، أما وحده فَلاَ شُفعة اتفاقاً، قال صاحب **النوادر**: الروايتان في الكراء رواهما ابن القاسم عن مالك، قال أشهب: إن أحب الشريك سلم شفعته وقاسمه السكنى، وله طلب قسمة الدار، فإن وَقَع نصيب المكري على غيره هو[1] خُيِّر المكتري في الفسخ، وذلك إذا دفع له أقل من النصف في الإنتفاع لا في القيمة، وإلاَّ فَلا حجة له والذي أخذ به ابن القاسم أن في الكراء الشفعة والدور والمَزَارِع سواء، وقال أشهب إذا أكرى أحدُ المكترين نصيبَه فلصاحبه الشفعة، وعهدته على المكتري من صاحبه، ثم عهدتهما على رب الدار، ولو أكْرى أحد المكترين نصيبَه من رب الدار أو من مكترٍ منه، ثم أَقَالَه من مصابته فَلشريكه الشفعةُ على رب الدار المستقيل، قال محمد: بل تؤخذ من المكتري[2] الذي أقال كالإقالة في الشراء وإذا أكريا يعني الشريكين دارهما أو سَاقَيا نخلَهما من رجلَيْن فأكرى أحدهما نصيبَه أو كلاهما الأرض والدار، أو سَاقَى أحدُهما النخل من غيرهما فليس لصاحبَيْ الأصل شفعة في كراء ولا سقاء، ولا لأحدهما كان شائعاً أو مقسوماً، ولو أن أحد المكترين أو المُساقِيَيْن سَاقَى أو أكرى فلشريكه الشفعة، وليس صاحب الأصل أحق من الشريك في الكراء، فإن سلم فلصاحب الأصل

---

(1) في (د): على غيراسوا خير الخ دون نقط.

(2) في (ي): المكري.

شفعة المُسَاقاة لشركتهما في الثمن[1]، ولا شركة لهما في الكراء، ولو ساقَى أحد الشريكين حصتَه شَفعَ الآخر عِندَ ابنِ القاسم دون أشهب، ولو أكريتَ نصف دارك مشاعاً، ثم أكرى المكتري غيره أو سَاقَى في النخل فَلَك الشفعة، ولو أكرى شيئاً بعينه أو سَاقَى فلا شفعة لك، ولو ساقيتَ نصفَ نخلك من رجلَيْن فَسَاقَى[2] أحدُهما رجلاً فشريكُه أولى، كاهْل سهام الميراث، فإن سلم فلك كما لو بعتهما فباع أحدُهما فشريكُه المبتاع معه أولى منه[3]، فإن سَلَّم فلك الشفعة.

فرع

قال: والـمَاءِ فيه الشفعة اتفاقاً إذا بيع شِقص منه مع الأصل أو دونه، ولم يقسم الأرض، واختلف إذا قسمت: ففي المدونة: لا شفعةَ فيه، وعن ابن القاسم: فيه الشفعة، فقال سحنون: ليس بإختلاف، بل مَحمِل المدونة على أنها بئرٌ (واحدة لا شفعة فيها، ويريد ابن القاسم آباراً لأنها تقسم، وقال ابن لُبَابَة: بل معنى[4]) المدونة: بئر لا فناء لها ولا أرض، ومعنى قول ابن القاسم: لها فناء وارض مشتركة فيها قِلد[5]، وقيل: اختلاف قول على الاختلاف فيما لا ينقسم.

فرع

قال: واختلف في الشركة التي يوجبها الحكم هل تجب الشفعة؟ قيل[6]: تجب لها قبلَ تقرر حكمها؛ فعن مالك: لا شفعة، وقال أشهب: فيها الشفعة، فسئِل مالك: إذا أعطي في خيف[7] من واد خمسين ومائة قَفيز، بين كل قفيزَيْن عشرة

---

(1) في (ي): . . المساقي . . . في الثمرة.
(2) في (د): فأقر.
(3) في (د): منك.
(4) ما بين القوسين سقط من (ي).
(5) في (ي): ملك.
(6) في (ي): هل.
(7) الخيف ما ارتفع من الأرض عن مسيل الماء.

أذرع، ثم أكرى بعض أهل ذلك الخيف، فهل للمعطى شفعة فيما باعوا؟ فقال: لا، فقيل: إنهم لم يجوزوه للمعطى ولم يقسموه ولم يسمّوه في أي جهة هو من الحائط أعلاه أو أسفله، فقال: لا شفعة إذا قسموا له أذرعاً مسماةً، وقال أشهب: هذا شريك بأذرعه كالشريك بنخلات، وقد نزلتْ هذه المسألة للفقيه أبي القاسم أصبغ ابن محمد في قرية توفي صاحبُها فابتاع مِن بعض ورثته نصيبه، وقد باع[1] موروثهم قبل موته مَبذَر زوجين مشاعاً فطلبه بالشفعة فافتى[2] بعدم الشفعة وهو النظر والقياس، وافتى القاضي بالبلد بالشفعة، ولما بيّنا له الوجهَ رجع وأفتى بفساد البيع في الزوجيْن على الوجه المذكور للجهل بمبلغ أرض القرية، وهو غير صحيح، لأن المشترى لا يزيد بزيادة القرية (ولا ينقص بنقصها، بل يكفي العلمُ بكريم الأرض وخسيسها، ولم تكن له شفعة، لأن الشفيع[3]، هو الشريك يشارك فيما يطرأ على الأرض من ضمان هلاك أو غصب أو استحقاق، ومشتري مَبذَر الزوجين ليس شريكاً في القرية بل هو كمبتاع ثوب من ثياب ولم يعينه، وَلاَ اشترَط الخيار، وإن كان عند التشاح تكسر جميع أرض القرية فيأخذ مَبذَر الزوجين حيث ما وقع بالقرية، ولو غصب منها شيء أو وهب أخذ المبتاعُ المبيع مما بقي ويشارك البائع بقدر ذلك إلاَّ أن يأتي أحدُهما ويريد رد البيع لأن المبتاع يقول: المستحق أفضل فلا أرضَى آخذُ من الباقي، ويقول البائع: الباقي أفضل فلا أرضَى آخذُك منه.

فرع

في **النوادر**: قال مالك: إذا بقيت بعد القسم فباع أحدهم نصيبَه من البيوت والعرصة فلا شفعة في العرصة بها ولا فيها لأنها بقيت لانتقاع عام لا للشركة، وقال (ش) رحمه الله: الشفعة في العقار وما يتصل به من بناء أو غرس دون

---

(1) في (ي): بلغ. وهو تحريف.

(2) في (ي): فأفتينا.

(3) ما بين القوسين سقط من (ي).

المنقولات، لقوله[1] عليه السلام: (لا شُفعةَ إلاَّ في رَبع أو حائط) قال (ش): وإذا بيع الغرس أو البناء مع الأصل، أو ناعورة، أو دولاب أخذ الجميع، لأنه بيع، وإن بيع الغَرس والبناء وحده فلا شفعة فيه، لأنه منقول، واختلف قوله في النخل إذا بيعت مع قرارها دون ما يتخللها من البياض قياساً على بيعها مع البياض، أو قياساً على بيعها وحدها، وقال: وإذا بيع الزرع مع الأرض أو الثمرة الظاهرة على الشجر لا تشفع مع الأصل، بل الأرض والشجر بحصتهما، وأثبتها (ح) لاتصالها بالمشفوع كما قلناه، وقال (ح): لا شفعة في المنقولات إلاَّ في البناء والنخل إذا بيعت دون العرصة.

الركن الثالث: المأخوذ منه، وفي **الجواهر:** المأخوذ منه كل من تجدّد ملكه اللازم باختياره، وفي اشتراط المعاوضة في التجديد روايتان، ثمرتهما: ثبوتها في الصدقة والهبة، وقيد[2] التجدّد احتراز من رجلين اشتريا داراً معاً فلا شفعةَ لأحدهما، واللازم احتراز من بيع الخيار، وقيد الاختيار احتِرازٌ من الإرْث.

فرع

وفي **الكتاب:** لا تؤخذ من المشتري شراء فاسداً، لأن عَقده يفسخ، ولو أخذ بالشفعة يفسخ أيضاً، لأن الشفيع تَنَزَّلَ مَنزلة المشتري، وكذلك لو باعه المشتري بيعاً فاسداً إلاَّ أن يفوت بما تقدم في البيوع فلا يرد، وتجب القيمة، ويشفع بتلك القيمة لتقرر ملك المشتري بها، فإن فَات ببناء زاده المبتاع فعلى الشفيع قيمةُ ما انفق المشتري ليلاً يذهب ماله مجّاناً، وإن تهدمت لم ينقُض الشفيع[3] شيئاً لأنه شيء لم ينتفع به المشتري، ولا ضرر على الشفيع، لأنه مخيَّر، وإن فاتت بالبيع الصحيح أخذ بثمن ذلك البيع الصحيح ويتراد[4] الأُولان القيمةَ لأنها التي تقررت،

---

(1) رواه البزار في (المسند) من حديث جابر باسناد جيد، قاله الحافظ ابن حجر في (تلخيص الحبير 55/3).

(2) في (ي): وقبل . . احترازاً.

(3) في (ي): لم ينقض الشفيع للتهدم شيئاً.

(4) في (ي): ويترادا الأولان، وفي (د): ويترادان الأولان.

ولا يأخذ بالبيع الفاسد، لأنه يزول البيعُ الصحيح ويبقَى الفاسد بغير فوت، فإن كان بَنَى وَهَدَم فله الأخذ بالثمن الصحيح وبالقيمة في الفاسد إن لم تفت بهَذَا، فإن تراد المتَبَايِعَان القِيمَة بعد البيع الثاني فله الأخذ بالقيمة التي تراداها بقضاء أو بغير قضاء، أو بالثمن لأن مبتاع الصحة لورد ذلك لِعَيب بعد تَرادّ الأولَيْن القيمةَ لم يكن للمبتاع الأول ردها على البائع بيعاً فاسداً لصحته بأخذ القيمة، ولكن يرد بالعيب ويأخذ القيمة التي دفع، قال صاحب **النكت**: إذا أخذ بالبيع الفاسد ففات عنده: فعليه الأقل من قيمته يوم قبضَه المشتري، أو يوم قبضه هُوَّ، لأن أخذه كان فاسداً، وقال أبو محمد: إذا ولاه في البيع الفاسد بإشتراط السلف[1]على المشتري فينبغي على قول ابن القاسم إذا فاتت بيد المشتري الأول أن عليه الأقلَ من قيمتهَا أو الثمن، وإن فاتت بيد الأول فإن كان إنما ولاه على نحوِ مَا كما هو عليه من البيع والسلف لزم المولَّى ما يلزم المبتاعَ وهو الأول، وإن ولاه بالثمن – وهو مائة مثلاً – وسكت عن السلَف ففاتت بيد المولَّى، وقيمتُها يوم البيع الأول بِلاَ سَلَف خمسون، وبالسلف ستون: فَعَلَى المُبتاع الثاني قيمتُها يوم قبضَها من الأول، إلاَّ أن تكون أقل من خمسين فلا ينتقص أو أكثر من الثمن، قال بعض القرويين: إذا سَكت عن السلف فأخذها الثاني بالثمن يخيّر الثاني، فإن ردّها على الأول خُير الأول بين إسقاط السلَف والتمسك بالبيع، لأن الأول اشترى على أن يسلف، والثاني كَذَب في الثمن لما لم يذكر السلف، فإن فاتت عند المشتري قبل العلم بها فعليه الأقل من قيمتها أو المائة، هذا الذي في **الكتاب**. وقول أبي محمد في قيمةِ السلعة بالسلف لا يفيد هذه القيمة شيئاً لأنه إنما جعل عليه القيمة إلاَّ أن تكون أقل من قيمتها بلا سَلَف فلا ينقص أو كثر فلا يغرم، فصارت القيمةُ بالسلف مُلْغَاةً، فهو مَعيب من كلام أبي محمد، وأما باقي كلامه فيمكن صحتُه، قال ابن يونس: في **الموازية**: إن لَمْ يفسخ بيع الشفعة حتى فات بين الشفيع بما يفوت به الرَّبع في البيع الفاسد رَجَع البائع على المشتري بقيمته يوم قبضه، ولزم الشفيع ما

---

(1) (السلف) سقطت من (د) ولا بدّ منها.

لزم المشتري من تلك القيمة إلاَّ أن تكون أكثر مما أخذ به، قال بعض القرويين: إن فات بيَد المشتري أخذه بالقيمة فإن لم يعلم وأخذه بالبيع الفاسد رد، إلاَّ أن يفوت عند الشفيع، فعليه الأقل من قيمته يوم قبضه هو، أو القيمة التي وجبت على المشتري لِعَجزه عن رده بفوَاته عنده، فإن قال: لا آخذ بالشفعة رد قيمة ما نَقص[1]، ولو أخذ قبل الفوات ففات عنده: فعَليه الأقل كما تقدم، وهو خلاف ما تقدم لمحمد، قال: وهذا أبين، لأن الشفعة كالشراء، فإذا فاتت لزمت القيمة يومَ القبض، فإن كانت أكثر قال: آخذ بما لزم المشتري، قال محمد: وليس للشفيع الأخذ بعد الفوت إلاَّ بعد معرفة القيمة اللازمة للمشتري، وإلاَّ فسد الأخذ كالجهل[2] بالثمن، قال سحنون: كيف يكون للمشتري الأول ردها بالعَيب على البائع الأول والبيع الأول قد انتقض وَوَجبت فيه القيمة لفوته، وإنما يجب عليه الرجوع بفضل ما بين القيمتيْن صحيحة ومعيبَة، فيصير على المشتري غُرْم قيمة ما فَات في يديْه ولا رَدَّ له، كما قالوا: إذا تعدّى على دابة فضلت فغرَم قيمتها بعد أن وصفها وحلف، ثم وُجدت على خلاف ما وَصَف: ليس لربها أخذها بل تمام القيمة، قال اللخمي: قال ابن القاسم: لا يفوت الرَّبع بحوالة سوق في البيع الفاسد، ولا شفعة، وقال أشهب: فوات وفيه الشفعة قياساً على غيره، وإذا أخذ قبل الفوت وفات عنده: قال محمد: يلزم الشفيعَ ما يلزم المشتري إلاَّ أن يكون أكثر مما أخذ به المشتري فيخيَّر بين ردّ الشفعة أو التمسك بتلك القيمة، ويسقط[3] الأخذ كالشفعة، ويكون عليه بقيمته يوم قبضه ليلاَّ يقبض صحيحاً ويرد غيره، وإن أخذ بثمن صحيح وجهل الفساد، خُير بين التمسك بذلك الثمن فيكون بيعاً حادِثاً وبين الرد، وإن لم يعلم حتى فات عنده: فعليه الأقل من القيمة لأنها ثمنه أو الثمن الذي أخذ به المشتري.

---

(1) في (ي): فقض.

(2) في (ي): كالأخذ. وهو تحريف.

(3) في (ي): أو يسقط.

فرع

قال اللخمي: إذا أوصى أن يباع من فلان بكذا فلم يقبل فلان،فلا شفعة لعدم الإنتقال، وكذلك: اشهدوا أني بعته بكذا إن قبل، فلَم يقبل: قال ابن يونس: قال سحنون: إذا أوصى بثلث داره يُبَاع فبيعَ لا شفعة للورثة كأن موروثهم باعه.

فرع

قال ابن يونس: اختلف قول مالك في هبة غير الثواب، ولم يختلف قوله في عدم الشفعة في الميراث فَقَاسَهَا مرة على الميراث بجامع عدم العوض، ومرة على البيع بجامع نفي الضرر خلافاً لِ(ش) و(ح)، لنا: ظواهر النصوص المتقدمة، احتجوا بقوله[1] عليه السلام: (**الشفعةُ فِي كُل شِرِكٍ رَبْعٍ أو حَائِطٍ، ولاَ يحل لَه أنْ يَبِيعَ حَتَّى يَعرِضَه عَلَى شَرِيكِهِ، فإذا بَاعَه فشَرِيكُهُ أحقُّ به**) فعلق حق الشفعة بالبيع، وقياساً على الإرث، ولأن الضرر في صورة النزاع عظيم بإبطال التمليك بغير عوض فيبطل مقصود الواهِب، بخلاف البيع.

والجواب عن الأول: القول بالموجب، لأن عمومه يوجب الشفعة في الهبة.

والجواب عن الثاني: أن الوارث غير مختار فلَم يتّهم في الضرر بخلاف الموهوب.

والجواب عن الثالث: لا ضرر على الموهوب، لأن الشفيع عندنا يعطيه القيمة فيدفع الضرر.

فرع

في **الكتاب:** لا شفعة في بَيع الخيار حتى يتم البيع، وقاله (ح) وأحمد، خلافاً لـ (ش)، **أحتج** بأن الخيار حق للمشتري أو البائع، والشفيع مقدم عليها، **وجوابه:** أن المبيع في زمَن الخِيار على ملك البائع، فلم يتحقق الانتقال الذي تترتب عليه

(1) تقدم تخريجه.

الشفعة، وهذه قاعدة مختلف فيها: هل الملك في زمَن الخيار للبائع أو المشتري؟ فالخلاف في الشفعة مبني عليه، قال التونسي: إن باع بالخيار فباع الثاني بيع بتٍّ: إن رضي مشتري الخيار الشراءَ كان له الشفعة على مشتري البت كأن بيعَ الخيار (لم يزل ماضياً قبل بيع البت، قال: ولا يقال: يَلزم أن يكون لمشتري الخيار[1]) على بائع البت، لأنا نَقول: إذا جعلنا الأول كأنه لم يزل كان كمن باع الشفعة، أو يكون ابنُ القاسم فَرَّع ها هنا على القول بأن من باع شفعته بعد وجوب الشفعة سقطت، وفيه قولان، وقال أشهب: يجعل بيع الخيار كأنه إنما أمضي يوم اختار المشتري انفاذه، فصار مشتري الخيار قد وجبت له الشفعة في بيع البتل قبل أن يبيع، فليس بيعُه بالذي يسقط شفعتَه، وقال مطرف: إذا باع نصف دَارٍ بالخيار لأحدهما، ثم باع باقيها بيع بَتل: فإن اختار ربّ الخيار تنفيذ البيع وهو المبتاع، شفع مشتري البتل، فإن ردّ البيع فلا يشفعه البائع الأول، لأنه الذي باع، قال اللخمي: قال بعض الناس: تجب الشفعة إذا كان الخيار للمشتري، لأن البيع انعقد من جهة البائع بخلاف الخيار للبائع، وإذا باع أحدهما نصيبَه بالخيار، وباع الآخر نصيبَه بتلاً: فالشفعة لمشتري الخيار[2] على مشتري البتل (عند ابن القاسم، وقال غيره: لمشتري البتل على مشتري الخيار[3]) هذا في المشترين، واختلف في البائعين: فقيل: لا شفعة لهمَا لأن كل واحد باع ما يشفع[4] به، وقيل: هي لمن باع بتلاً على مشتري الخيار، لأن بيعه تأخر، فهذا على القول أن بَيع الخيار إذا أُمضي كأنه لم يزل منعقداً من يوم العقد، وعلى القول الآخر: يشفع بائع الخيار من بائع البتل، لأنه إنما يراعى يومَ التمام، والقياس: عدم الشفعة كبيع ما يشفع به، وفي **الجواهر**: اختلف في بيع الخيار إذا أمضي: هل يعد ماضياً من حين عقده أو من حين إمضائه؟ وعلى هذا يتركب الخلافُ فيمَن باع نصف دار بالخيار، ثم باع

(1) ما بين القوسين سقط من (ي).
(2) في (ي): فالشفعة لمشتري البتل على مشتري الخيار.
(3) ما بين القوسين سقط من (ي).
(4) في (ي): ما يستشفع به.

النصف الآخر بتلاً هل الشفعة لذا ولذلك؟ واختلف في بيع الحصة التي يشفع بها: هل تسقط حق الشفعة[1] أم لا؟ وعلى الأول: هل يسقط الإستشفاع في بعض الحصة المشتراة بِبيع بعض الحصة المسْتشفع بها؟ خلاف، وتتركّب على الخلاف في مسألة الخيار مسألة بيع الحصة، والخلاف في فروع: إذا باع حصته بيع خيار، ثم باع الآخر بتلاً ففي تعين الشفيع أربعة أقوال مبنيّة على أصول الخلاف المتقدّم، لأنا إذا فرعنا على أن بَيعَ الحصة المستشفع بها يسقط الشفعة انحصرت الشفعة لمن ابتاع في هذه الصورة، ثم هل هو مبتاع الخيار أو البتل؟ خلاف على الخلاف في إمضاء بَيع الخيار كما تقدّم، وإن فرعنا على أن بَيعها لا يسقط فالشفعة لمن باع، وفي تعيين بائع الخيار أو البتل قولان أيضاً على الخلاف في إمضاء بيع الخيار هل يقدر من حين الإمضاء أو من حين العقد؟.

فرع مرتب

في **النوادر** وفي **الموازية**: إذا سلم شفعته قبل تمام الخيار، له القيام إذا تم الخيار.

فرع

قال ابن يونس: قال محمد: إذا بيعت[2] فباع المشتري منك لغيرك: لك الأخذ لأنك قد لا ترضى بالشريك الثاني بخلاف الأول.

فرع

في **الكتاب**: لا تجوز هبة الوصي شِقصَ اليتيم إلا لنظر[3]، كبيعه لرَبعه لغبطة في الثمن، أو لأن غَلته لا تكفيه، أو لوجه نَظَر، لقوله تعالى[4]: ﴿وَلاَ

(1) (حق الشفعة) سقطت من (د)، ولا بدّ منها.

(2) في (د): بعث. وهو تصحيف.

(3) في (ي): بالنظر.

(4) (الأنعام: 152).

تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ وفيه الشفعة، وقاله (ش) بجامع نفي الضرر، وهبة المكاتب والمأذون على العوض تجوز بلا محاباة لقدرتهما على التصرّف، وفيه الشفعة.

فرع

قال: الشفعة في الغياض والآجام وإن كانت الأرض بينهما.

فائدة : في **التنبيهات**: الغياض والآجام: الشجر الملتف أو القصب ونحوه.

فرع

قال: ليس لأحد المتفاوضيْن[1] فيما باع الآخر شفعة، لأن مَبيعَ أحدِهما يلزم الآخر، بخلاف المتقارِضين إذا اشتري العامل شِقصاً هو شفيعه أخذ، ولا يمنعه رب المال، وإذا كان رب المال الشفيع أخذ، وفي **التنبيهات**: قال سحنون: إذا أخذ العامل فعهدتُه على رب المال في مال القِراض، قال اللخمي: قيل: لا شفعة للعامل قال: وهو أبين، إذاً قال: اشتريت للقراض، وهو عالم بوجوب الشفعة للشريك، لأن ذلك اقرار منه أنه قَصَد الربح، والشفعةُ لا ربح فيها فهو خلاف ما أقربه، وإن جهل فأعلم بعد الشراء حَلَف وأخذ، وإن قال: قصدت بالشراء نفسي وتعديت على المال: كان لصاحب المال أن يباع له ويأخذ جزءاً من ربحه، وهذا حكم كل من أخذ مالاً ليتجر فيه لصاحبه فتعدى وتَجِر فيه لنفسه: أن الربح لصاحب المال إلاّ أن يكون بيعٌ فيه ربح أو خسارة فيترك ولا يباع لعدم الحاجة لتعين مقدار الربح، قال صاحب **النكت**: إنما لم يكن للمقارض عهدة على رب المال إنما أُذن له في جر المنافع إليه، وهذا ليس فيه منفعة، لأنه يأخذ سلعته بثمنها، ولا عهدة لرب المال على العامل، لأن العهدة في الأصل على المال المقترض[2]، والمال لصاحب مال القراض، فلا عهدة له، قال ابن يونس: إنما قال في **الكتاب** ما وقع، لأن مالكاً

---

(1) في (ي): المتقارضين. وهو تصحيف.

(2) في (ي): المقبوض.

قال: إذا اشتريت ما أنت شفيعه مع أحد ضربت بالشفعة بقدر نصيبك قبل الشراء، ولا تضرب بما اشتريتَ، وقال أشهب: عهدة كل واحد من المقارض ورب المال على البائع، وقال (ش): للعامل أخذ ما بيع في شركة مال القراض، لأنه مالك لما اشترى بمال القراض، فإن لم يأخذ فلرب المال الأخذ، قال: فإن اشترى بمال القِراض شِقصاً في شركة رب المال لاَ أخْذَ له، كما لو اشتراه وكيلُه، وقال (ح): له الأخذ، لأن لِلعامل حقّاً، فأشبه الأجنبي.

فرع

قال ابن يونس: وفي المدونة: إن أُدعيت سُدسُ دارٍ فأنكَر وَصَالَحَك على شِقص دَفَعه إليك من دار له[1]، فالشفعة في الدار التي لا دعوى فيها، (لأن قابضه مقِرٌّ أنه اشتراه ودَفَع في ثمنه السدس المدعَى فيه[2])، ولا شفعة في الشقص المدعى فيه، لأن قابضَه يقول: إنما أخذتُ حقي وافتديتُه بما دفعت فيه ولَم اشترِه، قال أبو محمد: ولو كان الصلح على إقرار كانت الشفعة في الشقص، فلو صالحته منه على عوض[3] أو دراهم على إقرار، فيه الشفعة بقيمة العوض وقيل[4]: الدراهم، أو على إنكار، فلا شفعة لعدم تحقق انتقال المِلك، وفي التنبيهات: قوله في الكتاب: في المصالح في دعوى في سدس دار: تقيد الشفعة في المناقلة على إحدى الروايات في منع ذلك على أي وجه كالمتعاوض، كان المتناقلان شريكين في الأصل[5] أوْ في أحدهما أو لا، إذ لو لم يكن عنده هنا بينهما شفعة لكان من حجة دافع السُّدس أن يقول: لم أبع أصلاً إلاّ بأصل لا بثمن، فلا شفعة عليَّ فيما أُخذت فيه، وقد قيل في هذا الباب كله: لا شفعة، كان ما نَاقَلَه به فيه شرك مع المشتري أو غيره، وهي

(1) في (ي): لك.
(2) ما بين القوسين تأخر هنا في (ي).
(3) في (د): عرض.
(4) في (ي): ومثل.
(5) في (د): في الصلين أي أحدهما.

رواية ابن القاسم إذا قصد المناقلة والكسنى دون البيع، وعن مالك: المناقلة التي لا شفعة فيها بيع حصته من شريكه بأصل آخر[1] منه فيه شرك أيضاً ليوسع حظه بما صار له من حظ شريكه، فلا تكون المناقلة على هذا إلاَّ بشرط شركتهما في الأصلين المتناقَل بهما، وهو بيِّن في عدم الشفعة، وقال مطرف: لا شفعة إذا كانت شركة من جهة واحدة في البيع الواحد فتسقط في الجهة التي أخذ من شريكه ليوسع به في منزله دون ما دفع.

فرع

في **الكتاب**: إذا أعمرت على عوض فسد، لأنها أجارة مجهولة المنافع ولا شفعة، ويرد المعمر الدار، وإن استغلها ردّ غَلتها وعليه أجرة سُكناها، لأن ضمانها من ربها، ويأخذ عوضه، قال ابن يونس: قال محمد: الصواب: الغلة للمستغِل، وفي **الكتاب**[2]: قال بعض القرويين: معنى يرد غَلتها، أي كراء مغل الدار، وأما الغَلة: فلا، وقول محمد ليس خلافاً للمدونة حينئذ.

فرع

في **الكتاب**: لا شفعة لمن له حمل على جدار إذا بيع، لأنه غير شريك، ولا لصاحب علو على سُفل، ولا لصاحب سُفل على علو لعدم الشركة، وقال (ش): إذا باع أحد شركاء العلو والسقف لصاحب السفل، فلا شفعة لأنه[3] بناء مجدد، وإن كان السقف للعلو لا شفعة لصاحب السفل، لأنه مجاور لا شريك، وهل لشركاء العلو لأن السقف على ملكهم أو لا تثبت، لأنه ليس أرضاً؟ وجهان لهم.

فرع

في **الكتاب**: لا شفعة في أرض العُنوة لعدم الملك، بل هي وقف للمسلمين،

---

(1) في (ي): أخذ. وهو تصحيف.

(2) في (ي): (النكت).

(3) في (د): فلا شفعة لأنه بينا مجدد.

ولا يجوز بيعُها، وإن بِيعَت أرض الصلح على أن الخَراج على الذي جاز[1]، وفيها الشفعة، لأنهم مالكون الأرضَ، فإن شرط على المبتاع المسلم امتنع، لأن بإسْلام الذمي ينقطع الخَرَاج عن الأرض فهو مجهول وغرَر.

فرع

قال: إن اشترى بعبد مغصُوب فلا يأخذ الشفيع حتى يفوت العبد فيأخذ بقيمة العبد يوم العقد، لأنها المتعينة ثمناً حينئذ، ولو اشترى بدراهم مغصُوبة صح الشراء، لأنها لا تتعيَّن، وأخذت الشفعة، وعلى الغاصب مثلها، وإن وجدها المغصوب منه بعينها بيد البائع ببينة أخذها ورَجَع البائع على المبتاع بمثلها. وفي **التنبيهات**: قوله هنا[2] دليل على شراء ما اشترى بالثمن الحرام على ما قاله ابن سحنون وغيره، وفرَّق ابن عَبْدُوس بين علم البائع وجهله، لأنه إذا عَلم به رضي بدفع سلعته بغير ثمن أو بثمن مَعيب، قال اللخمي: إذا غصب عبداً فاشترى به فقام الشفيع وهو قائم، أو بعد تغير سُوقه أو تغيره في نَفسِه بزيادة أو نقص، فلا شفعة لحق البائع وحق المشتري، أما المشتري: فلأن صاحبَ العبد إن لم يجد يؤخذ الشقص أو يجيز[3] فعله بكتب العُهدة، وأما البائع: فيقول: إن لم يجز العبد أخذت الشقص، وكل هذا يمكن مع وجود عين العبد، أما إذا تغير: فالشفعة بالقيمة يومَ العقد، لأن ربه لا يختاره حينئذ، ولربّه أكثر القيمتيْن يومَ الغصب أو[4] يومَ الشراء الذي يؤخذ من الشفيع، وفي **النوادر**: إذا ابتاع بحنطة شِقصاً فأخذه الشفيع بمثلها ثم استُحقت الحِنطة الأولى: قال ابن القاسم: يرجع على بائعه بمثلها، قال محمد: وهذا غَلَط، بل يرجع بقيمة شِقصه، ولو لم يؤخذ بالشفعة لأخذه بعينه، وقد قال مالك فيمن ابتاع حنطة بعينها فاستُحقت: إنه لا يرجع بمثلها، قال ابن القاسم:

(1) كذا وفي الكلام نقص لعلّه: حاز، جاز وفيها . . .

(2) في (ي): هذا.

(3) في (ي): أو يجبر بعيبه.

(4) في (ي): ويوم الشراء.

فإن اشترى بعبد قيمتُه ألفان شِقصاً قيمتُه ألف، فأخذه الشفيع بقيمة العبد ثم استُحق العبد رَجَع البائع بقيمة شقصه[1]، ولو كان قيمةُ العبد ألفاً وقيمةُ الشقص ألفين ثُم استُحق العبد رَجَع[2] البائع بقيمة شِقصه، ولا رُجوع للشفيع ولا عليه شيء، وقاله محمد، وقال عبد المَلِك: إن كانت قيمةُ الشقص أكثر له الإستشفاع بذلك وله الرد، أو أقل رَجَع الشفيع بما بقي له، وقاله سحنون، قال محمد: إذا غصب عبداً فاشترى به لا شُفعة له حتى يَفوتَ بالموت، ولا تُفيته العيوب، لأن لربه أخذه مَعيباً، وكذلك لو اشترى العبد ولم يعلم بالغصب حتى ابتاع به الشقص، قال سحنون: ليس هذا جواب ابن القاسم في الغصب، وإنما ينظر، فإن كان مشتري العبد عالماً بغصبه ثم أُجاز رَبُّه البيع ثبتت الشفعة، وإلاَّ انفسَخ البيع، وإن لم يعلم أو علم في قيام الشفيع فإن كان ربُّ العبد قريبَ الغيبة انتظر حتى يقدم فيجيز، أو بعيدَها فللمبتاع فسخُ البيع، وإن لم يقُم حتى أخذ الشفيع مضت الشفعة.

فرع

في النكت: قال بعض القرويين في الحائط بين الدارين لرجلين، والحائط خاصة مشْتَركٌ فباع أحدُهما داره بحقوقها، فدخل الحائط في الشراء، فلشريكه الشفعة فيه، تُقَوَّم الدار بغير اشتراط الحائط، ويُقَوَّم الحائط فيأخذه بحصته من الثمن، كما إذا بيع ما فيه الشفعة وما لا شفعةَ فيه.

فرع

في الكتاب: إذا باع أحَد الشريكين نصفَها مَعيباً قبل القسم بغير أمر شريكه، ثُم قَدِم شريكُه: إن أجاز البيع وإلاَّ أخذ حصتَه وباقِيه بالشفعة ودفع نصف الثمن، قيل: أفَلا يقاسم الذي لم يبع شريكه الذي باع، فإن وقع النصف المبيع في حصة البائع مضي عليه بثمنه؟ قال: لاَ، بَل يفعل ما تقدم، قال ابن يونس: قال مالك: إن

(1) (شقصه) سقطت من (ي).
(2) في (ي): لرجع أيضاً بقيمة.

شاء لم يجز بيع حصته، وأخذها وسلم، وأخذ الشفعة وقاسَم شريكه بقيةَ الدار، ويخيّر المبتاع في التمسك أو الرد، فترجع الدار بين الشريكيْن كما كانت، وإن شاء جَعَل بَيع شريكه قسمةً وأمضى ذلك ولا شفعة، وإن شاء فسخ بيع شريكه كله وقَاسَمه، لأنه يقول: أدخل البائع على مقاسمة بعض الدار دون بعض إذ لم آخُذ بالشفعة ولم أرض شركة مَن باع منه، وله أن يقول: أنا أقاسم هذا، ثم أقاسمك أيها الشريك فأؤدي أجرةَ القاسم مرتيْن وهو ضرر، ولكن أفسخ وأقاسمك مرة واحدة، وقد تكون تنقسم اثنين ولا تنقسم أربعة إلاَّ بضرر، وقال سحنون: إذا لم يجز بيع نصيبه ولا جَاز بيعُ نصيب شريكه ولا أخَذَ بالشفعة فليس له فسخ البيع حتى يقاسم شريكَه البائع الدارَ نصفيْن، فإن وقَع ما باع في سهم البائع نفذ البيعُ وإلاَّ انْتفض، وكذلك قال أشهب في بيع أحدهما بيتاً من الدارِ بعينه، أو بيع حصته من فحل النخل، ولا سَلّم ولا أخذ بالشفعة ولا سَلَّم بيعَ نصيب شريكه كما باع فلا يفسخ حتى يقاسِمَه شريكُه، لأن فحل النخل ينقسم معها، وقد يقع[1] في القَسم لأحدهما، قال أشهب: وأما لو باع نصيبه من حصة الدار فلَهُ إذا[2] امتنع بما ذكرنَا الفسخُ قبلَ المقاسمة، لأن العرصة لا تنقسم إلاَّ بالتراضي، وبيع الشريك نصيبَه قسمة، فإن رضي شريكُه نفذه له، وإن شاء أخذه بالشفعة، وإن شاء فسخ بيعه، قال أشهب: وبيعُه لنصيبه من بئر الأرض أو غَلتها فليس للآخر فسخ، إنما له الشفعة أو تركُها، أو بيعُه جائز لأنها لاَ تنقسم مع الحائط، ولا تصير في أحد النصفين، بل تترك بعد القسمة يُقسم ماؤها بالقِلد، وأما إن باع أحدُهما شِربَ يومٍ أو أقل فلصاحبه الشفعة إن أجَازَ بيعه، وله ردّ بيعه إن كانت الأرض تحتاج للبئر، لأنه ليس في يوميْن أو ثلاثة ماء يقسموا فيه الأرض فيبقى في ذلك شِرب من ماء هذا خاصة. وفي **النوادر**: قال عبد الملك ومطرف: إذا باع نصيبَه من الأرض معيناً وفي شركائه حاضر أو غائب أو صغير، أو المبتاع يظن أنه باعه حقه وحده، فلم

(1) في (د): ويقع.

(2) في (د): فلهذا امتنع. وهو محرف.

يُحدث فيه شيئاً حتى قام الحاضر، وقَدِم الغائب، وكبر الصغير، فإن قام الحاضر بحِدثان البيع قبل انقطاع حجته بطول حيازتها: فالكل سواء يخيرون في الإجازة وأخذ الثمن أو الرد، ويأخذون عوضها فيما بقي من الأرض المشتركة، ويكون حظ الشريك فيما باع، لأنه على ذلك باع، وإن شاؤا أخَذُوا نصيبَهم من المبيع وشفعوا ما بقي، فإن بني المبتاعُ العَرصَةَ أو طالت حيازته بمحضر الشركاء الحضور فلا قيامَ لهم على المبتاع، وكلامهم مع البائع، فإن اعترف أن حقهم في المبيع خُيِّروا في الإمضاءِ أو أخذِ نصيبهم من الأرض كما تقدم، وإن قال: ما بعتُ ذلك من الأرض حتى صار لي دونكم حَلَف وانقطع حقُّهم في المبيع، وكانوا على حقهم فيما بقي من الأرض، وأما الغُيَّب[1] والصغار فيخيرون في الثلاثة أوْجُهِ المتقدمة: أخذ نصيبهم وقد بنى ويُعطَون قيمة نصيبهم من البنيان قائماً لبنيانه[2] بشبهة، أو أخذ ما بقي بالشفعة من حظ البائع وحظ الحاضر الذي انقطعت حجته، ويؤدوا[3] ما زاد بناؤه في عَرصتهم، وعن ابن القاسم: إذا باع فَدَاناً من أرض مشتركة أو بقعةٍ في أرض لرجل فيها شِرك بحضرة الشريك وعلمِه، فَبَنَى وغَرَس سقطت الشفعة، بخلاف بيع الشائع، لأن سكوتَه في المعيّن رضاً بالبيع، كما لو باع ثوباً بينهما. وكذلك كل مَن بيع عليه شيء من ماله وهو حاضر لا ينكر لَزِمه البيع، ولو باع شائعاً نفذ البيع وشفع، قال اللخمي: إذا باع أحدهما حصته معينةً خُيِّر شريكُه في خمسة أوجه: أن يضمنها المشتري ويبيع له ما بيع، أو يكون ما لم يبع مشتركاً[4] بينهما، ويخيّر البيع في المبيع، أو يكون الثمن بينهما، أو يرد البيع في نصيبه ولا يستشفع، أو يستشفع، أو يدعوا إلى المقاسمة، فإن صار المبيع للبائع مضي البيع، أوله خُير في إجازة البيع في نصيبه، وكان للمشتري ردّ البيع في الباقي إلاّ أن يكون المردود يسيراً، فإن قال البائع: يبقى ما لم يُبع شركة ونَتساوى

---

(1) في (ي): العيْب. وهو تصحيف.

(2) في (ي): لبنائه.

(3) في (ي): ويبردوا.

(4) في (ي): شركة.

في المبيع ولكن نتقاسم فيصير ذلك لي أو لَك، فقيل: لا مقال له والمبدأ الشريك الذي لم يبع حسبما تقدم، وقيل: له. وهو أحسن، لأن كَونَ ما لم يبع شركة ضرر عليه، وإنما رضي أن يكون ذلك على وجه المقاسمة، فإما رضي بإمضاء ذلك أو يرده ويرجعان إلى المقاسمة.

فرع

قال ابن القصار: لا شفعة للجار، وقاله (ش) وابن حنبل، وأوجبها (ح) للجار بالشركة في الطريق المشتركة[1] في الدرب الذي لا ينفذ للأقرب فالأقرب، ويقدم شريك الملك على الكل. لنا: قوله[2] عليه السلام: (الشفعةُ فِي كُل شِرك رَبْعٍ أو حَائِطٍ) والمبتدأ يجب انحِصارُهُ في الخبر، فتنحصر الشركة في الرَّبع والحائط دون الطريق، ولقوله[3] عليه السلام في الموطأ: (**الشُّفعةُ فيمَا لَم يُقْسَم، فإذَا وَقَعت الحُدودُ وصُرفَت الطُّرقُ فَلاَ شُفعة**) ويدل من وجوه[4]: **الأول**: حصر الشفعة فيما هو قابل للطرق والحدُود، والجار لا يقسم. **الثاني**: قوله[5]: فإذا وقَعت الحُدود، والطُّرُق ليس شأنُها أن تعمل فيها حدود. **الثالث**: قوله: وصُرفت الطُّرق، والطريق لاَ يُوضَع فيها طرق، وقياساً على الجَارِ الذي داره قُبالة الدار المبيعة، وبينهما طريق نافذ، ولأن ذلك ضرر على البائع بأن يبيع الجار[6] بما اراد وإلاَّ أخذ بالشفعة، فيتوقف المشتري الأجنبي فلا يتخلّص من ضرر الجار أصلاً، بخلاف الشريك يتخلّص منه بالقسمة، ولأنها وجبت لضرر القسمة، والجار لا يقاسم، **احتج** بقوله[7] عليه السلام: (**الجَارُ أحَقُّ**

---

(1) في (ي): المشترك.

(2) تقدم تخريجه.

(3) تقدم تخريجه .

(4) في (ي): ويدل من الأول. سقطت (وجوه).

(5) (قوله) سقطت من (ي).

(6) في (ي): للجار.

(7) رواه النسائي في البيوع، باب ذكر الشفعة وأحكامها، عن الشريد، وسنده صحيح. ولفظه: أن رجلاً قال: يا رسول الله، أرضي ليس لأحد فيها شركة، ولا قسمة الاُ الجوار. فقال ﷺ: الجار أحق بسقبه. ويروى بالصاد. والصقَب: القرب والملاصقة.

بسقبه) وبقوله[1] عليه السلام: (جارُ الدَّارِ أحقُّ بدارِ الجارِ وَالأرْضِ) وبقوله[2] عليه السلام[3]: (الجارُ أحَقّ بالشُّفْعَة ويُنتَظر بهَا ثَلاثاً وإن كَانَ غَائباً إذَا كَانَ الطريقُ وَاحِداً) خرَّج هذه الأحاديث أبُو داود وغيرُه، ورَوَى[4] محمد بن الحسن: (الخَليطُ أحقُّ من الشّفِيع، والشفيعُ أحقُّ من غَيْره) والخليط هو الشريك، فيتعيّن أن يكون الشفيع الجار، وقال[5] عمر بن شريك: (قُلت: يا رسُولَ الله، أرض لا شريكَ لي فيهَا ولاَ قِسمة إلاَّ الجوار، فقال عليه السلام: الجَارُ أحَقُّ بشُفْعَتِهِ) وبالقياس على الشريك بجامع الضرر.

والجواب عن الأول: أن الصقَب: القُرب. ونحن نقول بموجبه، لأنه أحق بمعونته والعرض عليه قبلَ البيع، فلِمَ قلتم: إن ذلك هو الشفعة.

والجواب عن الثاني: أنه محمول على العرض، لأنه متروك الظاهر إجماعاً.

والجواب عن الثالث: منع الصحة، سلمناها لكنه محمول على العَرض عليه قبل البيع، بدليل قوله: ينتظر بها ثلاثاً، والشفيع الغائب لا يتقيد بالثلاث، ولأن الشريك يسمى جاراً لمخالطة بملكه. ومنه تسمية الزوجة جارة، كقول[6]

---

(1) رواه أبو داود في البيوع والاجارات، باب الشفعة. ونحوه عند الترمذي في الأحكام، عن أنس وسمرة بن جندب، وفي سنده انقطاع، لكن له شاهد عند أحمد في (المسند 388/4) عن قتادة.

(2) رواه أبو داود في البيوع، باب في الشفعة، والترمذي في الأحكام، عن جابر، ورجاله ثقات. وليس فيه (ثلاثاً) وفيه: وان كان طريقهما واحداً.

(3) ما بين القوسين سقط من (ي).

(4) قال ابن حجر في (الدراية 203/2): لم أجده، وقال ابن الجوزي: لا يعرف، وروي نحوه من كلام شريح وابراهيم النخعي.

(5) كذا في النسختين. والصواب: عمرو بن الشريد. أو الشريد بن سويد، والحديث رواه النسائي في البيوع، في ذكر الشفعة، وابن ماجة في السنن في الشفعة وأحمد في (المسند) وفيه اضطراب فقد روي عن عمرو بن الشريد، ومرة عن أبيه. وليس فيه: أحق بالشفعة، وإنما فيه: الجار أحق بسقبه ما كان. وقد تقدم تخريجه.

(6) كذا في (د) وفي (ي): كذاك أمور الناس غاد وطالقة. وهو مصحف. والرواية كما في (لسان العرب) مادة (جور).

أيا جارتا بيني فإنك طالقة ... وموموقة ما دمت فينا ووامقة

الأعشى:

أجارتنا بيني فإنكِ طالقة   كذلك أمر الناس عادٍ وطارقة

فهو لم يسمها جارة لقربها، فيلحق بها الجار، بل للمخالطة، فإنها تسمّى جارة وإن بعُدت دارُها.

والجواب عن الرابع: منع الصحة، سلمنا صحته لكنه محمول على العرض فنقول بموجبه، وليس في اللفظ ما يقتضي غيره.

والجواب عن الخامس: الفرق بأن الشريك يمكن التخلص من ضرره بالقسمة[1].

الركن الرابع: مَا بِهِ الأخذ، وفي **الكتاب:** بعتُ نصف دار وعرض بأخذ نصف الدار بحصته من الثمن من قيمة العَرض يومَ الصفقة، تغيرت الدار بسكناهُ أم لا، لأن الأصل: بقاء حقه في شفعة الشقص، وقال (ش) و(ح): إذا بيع شقص وعرض أخذ الشقص بحصته من الثمن، قال صاحب **النكت:** لا يجوز الأخذ إلاَّ بعد معرفة حصته من الثمن ليلاً يكون شراءَ مجهول، فإن فعل مع الجهل فسخ واستأنف الأخذ،قال التونسي: أنظر إذا كان الشقص الجُلَّ هل له رد العرض لأن الأخذ كالإستحقاق عند ابن القاسم؟ وأما إن جَعلناه كالبيع فلا ردّ، قال محمد: كل ما بِيع مع الشقص مما لاَ شفعة فيه لم يجُزْ الأخذ قبلَ معرفة الثمن، وأما دواب الحائط وعبيده: فذلك كبعضه إلاَّ أن يضاف إليه يومَ الصفقة، وقد كان أخرج منه قبل ذلك فيفضّ الثمن، ولا شفعة فيه، قال مالك وابن القاسم وأشهب في شِقص وبعير بِعَبد، والبعيرُ الثلث من الشقص يومَ البيع، أخذ بثلثي قيمة العبد، أو شقص وقمح بدنانير، فلا بدّ من تقويم القَمح والشقص فيأخذ الشقص بحصته، لأن المشتري دخل على تفريق الصفقة حيث جمعهما، فلا يمنع الشفيع من الأخذ،

وأورده الجوهري في (الصحاح) بلفظ: أجارتنا الخ قال ابن بري: المشهور في الرواية:

أيا جارتا بيني فإنك طالقة   كذاك أمور الناس عاد وطارقة

(1) هنا انتهت نسخة ابن يوسف بمراكش المرموز لها بـ (ي).

بخلاف أشقاص شفيعها واحد، فالتفريق من جهة الشفيع.

فرع

في **الكتاب**: إذا كان الثمن عبداً معيناً فمات بيد البائع قبل دفعه، ضَمِنه البائع ويأخذ الشفيع بقيمة العبد وعهدته على المبتاع، لأن الشفعة وجبت بعقد البيع، فإن وجد بالعبد عيباً ردّه وأخذ من المبتاع قيمةَالشقص لتعذره بنفوذ الشفعة، بخلاف البيع الفاسد الذي تبطل فيه الشفعة لتعذّر الرضا به بخلاف العَيب، ولو استُحق العبد قبل قيام الشفيع بَطَل البيعُ والشفعةُ لبطلان أركانه وهو العِوَض، أو بعد أخذ الشفيع نُفِّذ، وَرَجَع البائع على المبتاع بقيمة الشقص كانت أكثرَ مما أخذ فيه من الشفيع أو أقلّ، ولا تراجع بينه وبين الشفيع كبيع ثانٍ، قال ابن يونس: قال عبد المَلِك: ينتقض ما بين الشفيع والمشتري شقص ما بيد البائع والمشتري، ثم إن شاء الشفيع أخذ، ثم يجعل بيد البائع مـمّا تراجعا إليه ويترك، وإن كانت قيمةُ الشقص أكثرَ له الأخذ بها، أو أقل رَجَعَ الشفيع بما بقي، مثاله: قيمةُ العبد خمسون أخذ بها الشفيع. فلما استُحق رجع البائع بقيمة شقصه ستين فلا تراجع بينهم عند ابن القاسم للفوت بأخذ الشفيع، وكذلك لوكانت قيمة الشقص أربعين، وعبد الملك يُخيِّر الشفيعَ بين اداء عَشَرة تمام الشقص، أو ردّ الشقص، وإن كانت قيمة الشقص أربعين اسْترجَع عَشرة لكشف الغيب أن قيمتَه هي ثمنه، فبِها يجب أن يأخذ الشفيع، قال اللخمي: إن تغير الشقص بزيادة أو نقصان مما يردّ به رَجَع البائع على المشتري بقيمته، وكانت الشفعة للشفيع بمثل تلك القيمة وإن استحَقّ العبدَ أو رده بعيب بعد الإشفاع وقبل الفوت بين المشتري والشفيع، لأنه لا يرد الشقص، واختلفَ بماذا يشفع؟ فعند ابن القاسم: بقيمة العبد كما لو كان قائماً بيد مشتريه لم يرده، لأن الأخذ بيع حادث، وقال عبد الملك وسحنون: بقيمة الشقص لأن القيمة عادت ثَمناً، وهي التي وَزَن المشتري، وكذلك لو كان البيع بطعام فاستُحق أو رُدّ بعيب بعد الأخذ يرجع البائع بقيمة شِقصه وتبقى الشفعة على قول ابن القاسم بمثل القمح، وعلى قول عبد الملك بقيمة الشقص وهو

أحسن، وإن كانت قيمةُ الشقص أكثر من قيمة العبد: خُيِّر الشفيع بين الأخذ والتسليم، كمن أُخذ بثمن ثُم تبيّن أنه أكثر، وفي **التنبيهات**: قال في **الكتاب**: من اشترى شقصاً بحنطة فاستُحقت بعد أخذ البيع لم يرد البيع، والتزم له مثل طعامه، أو قبلَ الأخذ فلا شفعةَ، كذا رواه جماعة، ورواه[1] ابن وضاح: يغرم له قيمةَ الشقص، وكذا أصلحها سحنون وقال: الرواية الأولى غَلط[2]. وقال القابسي: قوله: ويغرم له مثل طعامه: يرجع على الشفيع لا على المشتري، وعلى هذا لا يحتاج إلى إصلاح[3]. قال صاحب **المقدمات**[4]: إن باع من شريكه أو أجنبي بشقص من أصل له فيه شركاء، أو لا شركة له فيه فمذهب ابن القاسم وروايته: الشفعة، وعن مالك: إذا علم أنه إذا أراد المَناقلةَ والسكنى ولم يرد به البيع لا شفعة، وقال مطرف: المناقلة التي قال مالك: لا شفعة فيها: أن يبيع شقصه من شريكه بشقص من أصل له فيه شريك فيكون كل واحد منهما إنما أراد التوسعة في حظه بما صار إليه، فعَلَى هذا: المناقلة إنما تكون في هذا الوجه، وعن مطرف: إذا باع أحَدهما شقصه من شريكه بشقص من أصل له مع شريك آخر لا شفعة لهذا الشريك الآخر في هذا الشقص، لأنه لم يقصد البيع بل التوسع في حظه، وعلى قول مطرف هذا: لو كانت دار بين ثلاثة فباع أحدهم حظه من شريكه بأصل فلا شفعة للشريك الثالث، لأنه لم يرد البيع بل التوسعة فداء أصله، تكون المناقلة المختلف فيها في ثلاثة وجوه، وأصله متى وجدت أحد المتعاملين في الأصول قد أخذ من صاحبه شِقصاً فما له فيه شقص في المناقلة التي لا شفعةَ فيها، وعلى تأويل مطرف عن مالك: أن المعاملة في الأصول لا تكون مناقلة حتى يأخذ كل واحد من صاحبه شِقصاً فيما له فيه شِقص، وعلى ظاهر ما روي عن مالك: أن المعاملة في الأصول كيفَما وقعت فهي مناقلة، فلا شفعة، فيحصل في تعيين المناقلة التي لا شفعةَ فيها ثلاثةُ أقوال.

---

(1) كذا ولعلّه: وروى.

(2) في النسخة: أغلط.

(3) هنا بالنسخة بياض بقدر كلمة.

(4) (66/3) وقد تصرف المؤلف في النقل بالحذف والتقديم والتأخير كعادته.

فرع

في **الكتاب**: إذا باع[1] قيمتُه ألف بألف وشقص قيمتُه ألف فالشفعة بنصف قيمة العبد لأنه مقتضى العقد، وقال (ش): يأخذ بمثل الثمن إن كان مثلياً، وإلا بقيمته يومَ البيع، أو لزومه في الخيار، وإن كان أجره[2] اخذ بمثل تلك الشفعة، قال: وفي الخلع تميز المثل.

فرع

في **الكتاب**: إذا وهب للثواب، أو تصدق به على عوض، أو وصى به على عِوَض فهو بيع فيه الشفعة بقيمة العِوض إن سماه وهو متقدم، أو مثله مقداراً وصفة إن كانت عيناً أو طعاماً أو غيره، كانت الهبةُ قبل الواهب أو دفعها، وإن وهبه لما يرجوه ولم يسمه فلاَ قِيام للشفيع إلاَّ بعد العوض ليتحقق البيعُ، وإن تغيّرت في يَدَنها قضي على الموهوب بقيمتها يومَ قبضها فيأخذ الشفيع حينئذ بالقيمة المقضي بها لأنه الثمن ها هنا، فلو أثابه بعد تغيرها أضعاف القيمة قبلَ قيام الشفيع لم يشفع إلاَّ بذلك كالثمن الغالي، وإنما يَهَب الناسُ ليثابوا أكثر، في **التنبيهات**: قال بعض الشيوخ: ليس هذا على أصله إلاَّ أن يكون عوضاً معيناً، والذي يجب في غير المعين أن يشفع بمثل العوض، وقاله أبو عمران، وقوله: إذا سَمى فللشفيع الشفعة، وفي كتاب الهبات: لا يأخذ حتى يثاب سمى أم لا، فقيل: هو خلاف، وقيل: وفاق، قال التونسي: إن أثابه قبل الفوت أكثر من القيمة اتفق ابنُ القاسم وأشهب أنه لا يأخذ إلاَّ بالجميع مع أنه كان قادراً على أن يعطيه القيمة، ولا يقدر الواهب على الإمتناع عندهما، واختلف إذا فاتت فأثابه أكثرَ من قيمتها: قال ابن القاسم: لا يأخذ إلاَّ بالجميع، وسواء بين فوتها وقيامها. وقال أشهب: بالأقل من الثواب أو قيمة الهبة، لأنه عنده كالواهب للزائد على قيمة الهبة، وإذا قال أشهب: إن له قبل الفوت القيامَ بالقيمة ولا كلام للواهب، وَجَب أن لا يفترق قيامُها وفواتُها إلاَّ على

(1) كذا النسخة ولعلّه سقطت من هنا (عبداً) كما يقتضيه السياق.

(2) في النسخة بدون نقط.

مذهب مَن يرى أن الهبة إذا لم تفت لم تَلزَم الواهبَ قيمتُها، وأنه على هبته ما لم يرضَ منها، فَعَلَى هذا لاَ يأخذ إلاَّ بجميع ما أثابه قبلَ الفوت، لأن الموهوب لا يجبر على أخذها إلاَّ بما دفع، وإن فاتت استشفع بالأقل لأنه لا يلزم في الحكم بعد الفوت إلاَّ القيمة: قال ابن القاسم وعبد الملك: لا يشفع حتى يدفعَ الثواب ويقضي به ويعرف، قال عبد الملك: إذْ لَعله يقول: لَم أرِد ثَواباً وَلاَ أسمع قولَ الشفيع: إنكَ أردت أبطَال شُفعتي، وإذا رؤي أنه قَبض الثواب وكتَمه أحلفه، وفي **الكتاب**: إذا وهب لغير ثواب فعوض عنه: فقيل: إن رأى أن الهبة كانت لصلة أو صَدقة فلا شفعةَ لأن العوض كهبة أخرى، قال محمد: ولو أثابه شِقصاً في دار لم يشفع فيه لأنه هبة أخرى لغير فوات له، لدفعه لما لا يلزمه، قال صاحب **النوادر**: قال ابن القاسم: إذا تصدق على أخته بشقص لأنه أخذ من ميراثها ما لا يصلح مقدارُه: لا شفعة لعدم معرفة الذي وَهَب لأجله، قال سحنون: لو كانت تدعيه فصالحَها: يشفع بالقيمة وإن لم يسم ما أصاب من الميراث، وعن ابن القاسم: إن وهب داراً فاستُحق نصفُها وشفع المسْتحق فجميعُ الثمن للواهب، ولو وَهَب شِقصاً اشتراه فأخذه الشفيع من الموهوب: فله الثمن عند ابن القاسم إذا كان يعلم أن له شفيعاً، وقال أشهب: الثمن للواهب في الشفعة والإستحقاق، قال محمد: وهو أحب إلينَا لأنه بالبيع الأول يأخذه، فهو يفسخ ما بعده، قال الأبهري: قال مالك: إذا وهب أو تصدق على بعض أخوانه صغاراً وَوَهَب لقرابة بينهم صلة لم يحلف أبو الموهوب له، وإن لم تكن الهبةُ لقرابة ولا صدقة ولا لِحاجة حَلَف، فإن كان بينهم إخاء أو صداقة، ولا قرابة بينهم: فإن ظنّ أنه إنما وَهَب للثواب، لأنه محتاج وهم أغنياء، أحلف، وإن كان لم يهَب للثواب وكان مستغنياً عن ثوابهم لم يحلف، ومَتَى كان الولَدُ كبيراً لم يحلف الأب بل الولد، لأنه القابل للهبة والمطَّلِعُ عليها، وضابط هذه المسألة: النظر إلى قرائن الأحوال، والغالب على الحال، وليس الذي هو ديْن لِغيره، وقال (ش): الشفعة في هبة الثواب دون غير الثواب، وَلا يشترط التقابض، قياساً على البيع، والفرق عندنا: تعين الثمن فأمكن الأخذ به، بخلاف الثواب، ووافقنا (ح) ولأن عدم اللزوم فيها يلحقها ببيع الخيار.

فرع

في **الكتاب**: إذا دفعه في خلع أو نكاح أو دم عمدٍ أخذ بالقيمة لتعذّر الثمن، أو دِم خطأً فبالدية لأنها مقررة، فإن كانت العاقلة أهل إبل فبقيمة الإبل، أو أهل ورِق وذَهَب فَبِذَهَب أو ورق ينجَّم على الشفيع كما ينجّم على العاقلة. قال صاحب **التنبيهات**: قوله: أخذ بقيمة الإبل، قال سحنون: معناه:تقوَّم الإبل على أن تقبض في آجالها وقبض القيمة الآن نقداً، وقيل: متى حلّت سنة قوّم ثلث الإبل حينئذ وقبض، واعترضه سحنون بأنه يبيع الدَّين بالدَّين، وعن سحنون أيضاً: تؤخذ بمِثْل الإبل على آجالها لا بقيمتها، لأنها أسنان معلومة، وقال سحنون: إن كانت الدية عَيناً قُومت بالعرض الذي قومت به، وعلى قول ابن القاسم وأشهب: بل تشفع بالعَرض الذي قوّمت به، وعلى قول ابن القاسم وأشهب: يشفع بمثل العين ولا يقوم إن كان عديماً إلاَّ بحَمِيلٍ ثقة كما قال فيمن اشترى بالدَّين يشفع فيه، فإن لم يأت بحَمِيلٍ ثقة: فَعَلَى قوله في كتاب محمد: لا يشفع، وعلى قول ابن نافع: يشفع ما لم ينقض الأجَل، وقال في **الكتاب**: لا أرى الصلح على القذف، لأن الحدود التي هي فيه إذا بلغت السلطان لا يعفى عنها، ولا يصلح فيها الصلح على مال انتهَى بها للسلطان، قال صاحب **التنبيهات**: قال سحنون: بل يجوز الصلح، قال فضل: ويكون فيه الشفعة قبل انتهائه على أحد الأقوال في جواز العَفْو بعد البلوغ إلى السُّلطان، قال حمديس: لا فرق بين حقوق بَدنِه وعِرضه، وإن مَنَعت مكارم الأخلاق من ثمن العِرض، وقال أشهب: الحدود التي لا يشرع فيها الصلح هي التي لا يشرع فيها العفو، كالسرقة والزنا، وما عفي فيه صولح فيه لأنه حق، فيتمكّن من التصرّف فيه بالعفو فيتصرّف فيه بالعوَض كابراء الدَّين، وفي **النكت**: قال: الفرق بين أخذه عن دية الخطأ وبين ذَهب وورِق: إنما يأخذ بالدية، وبين أخذه عن الدية وهي إبل، إنما يأخذ بقيمة الإبل بخلاف من اشترى شِقصاً بعروض مضمونة إنما يأخذ بمثل تلك العُروض أن الدية في الإبل غير محصلة في الصفة والمقدار، وإنما هي أسنان، فكان الغرر أكثرَ قال التونسي: لم يتكلّم سحنون على القاتل خطأً يصالح بشِقص على أن تكون له الدية على العاقلة، وهو غَرَر لعدم ضبط صفاتها، قال ابن يونس: يريد في دَم العمد لا يجوز الإشفاع إلاَّ بعد معرفة

القيمة، وقال الشافعي: الإشفاعُ بالنكاح بمهر المثل. لنا: أن النكاح لا ينضبط في زيادته ونقصانه للمكارمة فيلغى وتُعتَبر القيمة، وقد يكون مهرُ المثل ألفين فتسامحُه الزوجة فتأخذ ما قيمتُه مائة يجحف بالشفيع، وعكسه يجحف بالمرأة، وقيمةُ الشِقص لا قيمة[1] فيها على أحد، وقال سحنون: لا يجوز أخذ شقص في نصف الدية ولا غيره حتى يحكُم فيه حاكم، لأنه مفوض إليه لتردده في تأجيله بين السنة والسنتين، لأن الجميع في ثلاث سنين، وقال في التصالح عن جميع الدية على شقص والعاقلة أهل ذهب أو ورِق يجوز ويرجع عند ابن القاسم بالأقل من قيمة، أو الدية إن كان صلحه عليهم، أو أهل إبل، فإن كان القاتل يعطي الشقص ولا يرجع على العاقلة جاز، أو يرجع عليهم امتنع لأنهم مخيَّرون في ذلك، قال التونسي: إذا صالح على موضحتين: عمدٍ وخطأ، قال ابن القاسم: يأخذه بدية الخطأ وهي خمسون ديناراً ونصف قيمة الشقص، فقسم الشقص على الموضحتين، والعَمْدُ لأدية له إلاَّ ما اصطلحوا عليه، وهو غير منضبط، وإن صالحه عَلَى شِقص وعشرة دنانير على هذا كانت العشرة من الخطأ محْطُوطةً وبقي منه أربعون، والعمد خمسون، ويأخذ الشفيع بأربعين وخمسة أتساع قيمة الشقص، لأنه بقي من الخطأ أربعون مع الخمسين في العمد، وذلك تسعة للعمد خمسة، ولو صالَحه على عرض وشقي فالعرض من العمد والخطأ، إذ ليس من جنس ما يجب في الخطأ، ولم يختص بأحدهما، فإن كانت قيمتُه عشْرين: فأربعين[2] ونصف قيمة الشقص، قاله يحيى بن عُمر، وقال أصبغ: إن كانت قيمةُ العَرض مثل قيمة الشقص فالشقص عن نصف الموضحتين فيأخذه بنصف موضحة الخطأ: خمسة وعشرين ونصف قيمة الشقص، وإن كانت قيمته خمسين فأقل أخذه بخمسين موضحة الخطأ، وإن كان العمد عنده لم يأخذ عنه شيئاً لأنه إنما يجعل الزائد على ذلك الخطأ وهو المأخوذ عن العمد، فإن كانت قيمتُه ستين أخذه بخمسين وسدُس: قيمةِ الشقص، لأن العمد عنده إنما يكون له الفضل، وعلى مذهب المخزومي: الشقص

(1) كتب على هذه الكلمة في الطرة: لعلّه: غبن. وهو الصواب.

(2) كذا والوجه: فأربعون.

كله للعمد، وقول ابنِ نافع: لم يحمل على دية الموضحة الخطا فإن قيمته حمل عليه موضحة الخطأ وذلك خمسون، فصار العمد ثُلُثا الشقص فيؤخذ الشقص عنده بخمسين وثلثي قيمتِه، وإنما شبهة بالمجهولات التي تكون في الوصايا ويحمل على ذلك المعلومات، وجعله ابن القاسم مأخوذاً عن الجملة لو كانت قد صُولح عليها فَجَعله كالمعلومات، ويلزم على قوله: لو صالح به على موضحة خطأ ونفس عمداً: أن يأخذ بخمسين ديناراً دية الخطأ، وبقيمة عشرين جزءاً من الشقص من أحد وعشرين ويضيف إليها موضحة الخطأ وهي خمسون، فجميع ذلك أحد وعشرون، ولو دفع الجارح عبداً وأخذ من المجروح موضحتين شِقصاً فَعَلَى قياس قوله: إن كانت قيمةُ الشقص خمسين صار المجروح دفع موضحة خطأ بخمسين، وموضحة عمداً بمثل ذلك لتساويهما عند ابن القاسم، وشِقصاً بخمسين، وأخذ من جملة ذلك عبداً، فيؤخذ الشقص بثلث قيمة العبد، ساوَى العبدُ أكثر أو أقل، وعلى مذهب ابن نافع: تعتبر قيمةُ العبد إن كانت مائة فأقل، فليس للعمد شيء، وكان العبدُ مأخوذاً عن الشقص وموضحة الخطأ خاصة، فيؤخذ الشقص بنصف قيمة العبد، وإن كانت قيمة العبد مائة وخمسة وعشرين فللعمد خمُس العبد، وللشقص خمساه، فيأخذه بخمسي قيمة العبد، وعلى قول المخزومي: إن كانت قيمتُه مائة كان عن موضحة العمد خاصة، ويحمل عليه موضحة الخطأ وقيمة الشقص وهي خمسون، صار الجميع مائتين، فالذي ينوب الشقص ربُع قيمةِ العبد فيشفع بذلك، قال ابن يونس: جعل المخزومي الشقص في الموضحتين يحمل دية الخطأ على قيمة الشقص، فإن كانت ثلث الجميع شفع بخمسين وثلثي قيمة الشقص، وكذلك فيما قلّ أو كثر من الأجزاء، لأنه لَو صَالَح عن موضحة عمداً فقط كان الأخذ بقيمة الشقص، فصارت قيمتُه كلها قيمةَ موضحة العمد، ولو دفعه عن موضحة الخطأ أخذ بخمسين ديناراً دية الخطأ، فلما اجتمعتا ضرب في قيمته لموضحة الخطأ بديتها ولموضحة العمد بقيمة الشقص كَمَن أوصى بمعلوم ومجهول، فإن جميع ذلك في الثلث، ويضرب للمعلوم ويقدر المجهول الثلث، ويلزم ابن القاسم أن يعطى المجهول في الوصايا كوقيد المسجد نصف الثلث، قال محمد: ولو أخذ من موضحة خطأ شقصاً ودفع

خمسين فالأخذ بمائة، وإن أعطي المجروح في دية العمد عشرة دنانير، فإن كانت قيمتُه خمسين: فعَلَى الشفيع عشرة وأربعة أخماس قيمة الشقص، أو ستين فعشرة وخمسة أسداس قيمة الشقص، وكذلك ما لم تنتقض القيمةُ من العشرة فلا تنتقض وهو قياسُ قولِ ابنِ نافع، ومتى وقَع مع الشقص عَرض أو مال في النكاح أو الخلع أو دم لم يأخذ إلاَّ بقيمة الشقص ما بلغ، إن كانت قيمتُه ربع ما وقع معه أو أقل. وقال **(ش)**: لا يصح الصلح على دم العمد أو الخطأ إلاَّ أن تكون الإبل موجودة ومعروفة السن، فإذاً صح فيه الشفعة.

تمهيد: قال اللَّخمي: الشفعة بمثل الثمن في الدنانير والدراهم والمكيل والموزون، وأما العرض وغير ذلك من غير المثليات فإنه أقسام: **الأول:** عَرض أو عبد بعينه، فقيمتُه يومَ البيع لا يوم الإشفاع. **الثاني:** موصوف في الذمة حال فبمثله الآن. **الثالث:** الصداق، قيل: بالقيمة، وقيل: بصداق المثل قياساً على استحقاق الشقص، قيل: يرجع بقيمته أو بصداق المثل. **الرابع:** الخلع ودمُ العمد فبالقيمة. **الخامس:** صالح عن دَعوى في دار أو عبد، والمدعى عليه منكر، فبقيمة المدعَى فيه، وقيل: لا شفعة، لأن المدفوع به خصومة لا عوض محقق، قال: والقياس: الإستشفاع بقيمته لأن قيمة المدعَى فيه ظلم على الشفيع، لأن العادة في الصلح على الإنكار لا يؤخذ ما يساوي المدعَى فيه، والمسامحة فيه أكثر من النكاح، فإذا لم تأخذ المرأة صداقَ المثل فهذا أولَى. **السادس:** هبة الثواب، وقد تقدم حكمها. **السابع:** ثمن جزاف، قال محمد في الحلي الجزاف بقيمته، الذهب بالفضة، والفضة بالذهب يومَ العقد، لا يومَ الأخذ، وكذلك سائر الجزاف. **الثامن:** ما له مثل فيتعذّر ذلك المثل فيرجع إلى القيمة. وقال مالك: يخيَّر المشتري بين القيمة والصبر حتى يتيسّر، وفي **النوادر:** قال عبد الملك: إذا تزوجها بشقص وأخذ منها ديناراً وفي ذلك فضل ما لا ينقص النكاح، ضم الدينار إلى قيمة الشقص، فإن كان من جمعيه العشر شفع بدينار وتسعة أعشار قيمة الشقص، وكذلك بقيمة الأجزاء، فإن أصدقَها شِقصاً وعبداً وأخذ منها عبداً وعشرة دنانير وفي ذلك فضل ممّا لا يفسد النكاح، ضمت العَشرة إلى قيمة الشقص والعبد، فإن كانت العشرة السُّدُس فقد شغلت من العبد بسُدس من الشقص، فإن كانت قيمةُ الشقص

أربعين، وقيمة العبد عشرة فذلك مع العشرة التي أُخَذَ ستون، فيشفع بأربعة أخماس العشرة، وبخمسة أسداس قيمة الشقص، وقاله سحنون في الخلع، وفي كتاب محمد: خالعتْه على دنانير علي[1] إن أعطاها شقصاً، فإن كانت قيمتُه أكثر من الدنانير أخذه بمثل تلك الدنانير، أو أقل شفع بالأقل، وكذلك لو دفعت له عَرَضاً، وإن كانت الدنانير منه والشقصُ منها فَعَلَى الشفيع الأكثرُ من قيمة الشقص أو الدنانير، وكذلك إذا أخذ المجني عليه عمداً شِقصاً ودفع مَالاً شَفَعَ بالأكثر، وإن أعطي شقصاً واخذ مالاً شَفَع بالأقل، ولو جَرَحت زَوجها موضحة خطأً ودفَعت له عن الموضحة وعن الخلع شقصاً شَفع بالأكثر من دية الموضحة الخطأ أو قيمة الشقص، ولو دفع الجارح أو المختلعَة شقصاً ومالاً، أو شِقصاً وعرضاً، أو شقصاً وجرحاً فالشفعة بقيمة الشقص ما بلغت، وقال (ح): لا شفعة في شِقص تَزَوَّج أو خَالَعَ أو استأجر به داراً أو غيرها، أو صالح به عن دم عمدٍ أو أعتق عليه عبداً، ولا يشفع إلاَّ في مبادلة المال بالمال، ولا في المصالح به على إنكار، ووافقنا (ش) في الإجارة والنكاح والخُلع. لنا: ظواهر النصوص المتقدمة، ولأنه جعل بدل الشقص ما يضمن بالعقد[2] والإتلاف، فأشبه الإرث، أو المعاوض عليه بخمر[3] أو الهبة، فهي ثلاثة أقيسة.

والجواب عن الأول: الفرق بأن الإرث لا يتهم بإدخال الضرر بخلاف صورة النزاع.

والجواب عن الثاني: أن البيع في تلك المعاوضة باطل، وها هنا المعاوضة ثابتة.

والجواب عن الثالث: أن الشفعة في الهبة عندنا ولو سلمنا علمها، لكن المعاوضة في صورة النزاع، بخلاف الهبة، فصورة النزاع أشبه بالبيع من الهبة، فتلحق به أولى، ولأنه يلزم تقويم البضع على الأجنبي وهو ضرر بالشفيع، فإنه حدّ

---

(1) كذا.

(2) كذا ولعلّها: بالعمد.

(3) كذا.

تسامح فيه. وأجابوا عن هذا الوجه، بأنه يقوِّم على المكره والراجع عن الشهادة بالطلاق، مع قيام ما ذكرتم.

فرع

في الكتاب: إذا أكرى بشقص أخذ بمثل الكراء لتلك الدار من مثلِ صاحبِها إن مضمون فمضمون، أو معين فمعين، فإن أخذ بذلك ثم مات الآجِر أو انهدم المسكن بعد مضي نصف السكنى أو العمل، إن كان المستأجر أجيراً رجع بقيمة نصف شفعته، لأن أخذ الشفيع فوت، قاله ابن يونس: وقال أشهب: إذا ماتت الإبل المستأجرة في نصف الدار رجع المكري على الشفيع بما رَجَع به رب الشقص عليه، فيقاصه بنصف ما كان منه من قيمة كراء الإبل إلاَّ أن يكون كراؤها أكثر من قيمة الشقص فيكون الشفيع هو الراجع عليه بنصف كراء إبله، ويَدَع له من ذلك نصف قيمة الشقص، وهو على أصل عبد الملك: إذا اشترى شقصاً بعبد فيشفع بقيمته، ثم استحق العبد.

فرع

في الكتاب: إن تكفلتَ به فغاب فصالحتَ الطالب على شقص جاز إن عرفتما مبلَغ الديْن، والشفعة فيه بمثل الديْن، ويرجع على المطلوب بالأقل من الديْن أو قيمة الشقص، قال ابن يونس: قال أشهب: إن صالحتَ وأنت لا تعرف ما يثبت الذي تكفلتَ له إلاّ أنه قد سماه لك، فللشفيع أن يجيبه: إن دَينه كذا، ثم يأخذ به، فإن أخَذَ به ثم جاء الغريم فلم يستحق عليه شيء لم يرجع الكفيل عليه بشيء، ورجع على المتحمل له بالثمن الذي أخذ من الشفيع، لأنه الذي رضي أن يبيعَ به شقصه، وهذا إن كان صلحاً بغير إقرار منك، لَمْ يرجع عليه بشيء، والشفعة في جميع ذلك إنما أخذ ما به ثبت الحق أم لا، وإن كان إنما تحمل بالوجه فصَالَح بشقص فالشفعة بالأقلِّ من قيمة الشقص، أو بما على الغريم، وقال أصبغ: إذا صولِح في الإنكار لا شفعة، لأنه كالهبة، قال محمد: وإن ادّعيتَ حقاً في دار رجل غائب، والمدعَى عليه منكر فصُولحت على شِقص فلا شفعةَ لعدم تعيّن المعاوضة، فإن أدعيتَ أنه قتَل دابتك فصالحك على

شقص، فالشفعة بقيمة الدابة، والقولُ قولُك في قيمتها، وتُكلَّفُ صِفتَها، فإن أدعيتَ ما لا يشبه صدق الشفيع فيما يشبه، كقول مالك فيمن اشترى شِقصاً بعرَض ففات العرَض: أن القول قول المشتري.

فرع

في **الكتاب**: إذا اختلف المبتاع والشفيع في قيمة العرض المشترَى به فات بيد البائع أم لا: ينظر لقيمته يومَ البيع، لأنه مقصود المعاوضة، فإن هلك بيد المبتاع صدق مع يمينه، لأنه غارم، فإن جاء بما لا يشبه صدق الشفيع فيما يشبه، فإن أتيا بما لا يشبه وصَفَه المبتاع وحَلَف على صفته وأخذ الشفعة بقيمة تلك الصفة يومَ البيع، فإن نَكَل المبتاع حلف الشفيع على ما يصفه هو وأخذ بقيمة صفتِه. قال ابن يونس: قال محمد: إن هلك العرض الذي هو ثمن فأتيا جميعاً بما لاَ يشبه حَلَف المبتاع وله مَا لاَ يتبيّن فيه كذبُه، فإن امتنع حلف الشفيعُ وكان عليه أدنى ما لا يظهر فيه كذبُه، فإن نكل[1] فإن ادعى أنه حضر، أو علم الثمن ونكل لم يأخذه إلاَّ بأكثر ما لا يتبيّن فيه كذبُه بعد أن يحلف: ما يعلم ما ادعى المشتري، قال محمد: فإن حلف فأحب إلي أن يحبس المشتري حتى يَحلف فإن ادَّعى الشفيعُ العلم ونكل فلا شفعة له، وعن مالك: إذا هَلَك العَرَض فزعم المشتري أن قيمتَه ألف، وقال البائع: الأقل، فليحلف المشتري على مَا قال، ثم إن شاء الشفيع أخذ بذلك أو ترك إلاَّ أن تقوم بيّنة بخلاف ذلك، وقال عبد الملك: إذا نكل المشتري: قال بعض أصحابنا: يقبض الشفيع الشقص إن شاء، ويقال للمشتري: متى أحببت حقَّكَ ببينة أو حَلفك فلَكَ القيمة يومَ سلمتَه للبائع، قال:فإن امتنع الشفيعُ من القبض لتوقع الكثرة فلا بدّ حينئذ من حَلف المشتري على ما يعلمه أو يسجن، وقال أبو محمد في قوله: يتحالفان: إنما يعني: أن المبتاع وحده يحلف، فإذا حلف بريء، قال محمد: فإن كان المدعَى عليه الشراءُ بعيدَ الغيبة فللشفيع أخذ ذلك ويدفع الثمن للبائع إن لم يقر بقبضه، ولا عهدة على البائع إلاَّ في الإستحقاق، ويكتب العهدة

---

(1) كذا ولعلّه: فان نكل وادعى أنه . . .

للغائب في كل شيء، فإن قدم الغائب فأقرَّ كتبت عليه العهدة، وإن أنكر حَلَف ورجع الشقص على بائعه، قال محمد: وأحب إليَّ أن لا يرجع على البائع إذا رضي أن يأخذه بغير كتابة عهدة، ولكن يشهد على البائع بقبض الثمن، وتلزمه عهدته فقط، وقال أحمد بن ميسر: إذا لم يثبت البيع إلاَّ بإقرار المتبايعيْن فلا شفعة.

فرع

في النوادر: قال عبد الملك: إن اشتراه بديْن شفع على البائع كان للمشتري، فالشفعة بقيمة الديْن عرضا نقداً يدفعه الآنَ، لأن الديْن عرض من العروض، وكذلك إن لم يقم الشفيع حتى حلّ الديْن فلا ينظرُ في وقته بعد الإستشفاع، وعن سحنون: يقوَّم الديْن بعَرض، ثم يقوَّم العرض بعين، فيأخذ بها، وعن مالك: لا يأخذ إلاَّ بمثل ذلك الديْن، وكذلك إن كان البائع عديماً بذلك الديْن لأن القيَم في العروض لا في النقدين، فإن كان حالاً أخذ به حالاً، أو مؤجلاً فإلَى أجَلِه، قال أصبغ: إنما يشفع بمثل الديْن نقداً إلاَّ أن يكون يهضم له فيه هضمة بينة فيأخذ بقيمة الشقص، قال مطرف: بل يشفع بجميعه وإن كان يهضم فيه، قال عبد المَلك: فإن اشترى بكتابة مكاتب فبقيمة الكتابة عَرضاً يقوَّم على أنه يعجز أو يؤدي، فإن عجز فهو رقيق لبائع الشقص.

فرع

في الجواهر: إذا اشترى بكَف من الدراهم لا يعرف وزنه أخذ بقيمة الشقص وتبطل الشفعة، كما لو جَهِل الثمن بالكلية.

الباب الثاني

في

صفة الآخذ

وفي **الكتاب**: الشفعة على قدر الأنصباء دون العدد، وقاله (ش) وابن حنبل، وقال (ح): على عدد الرؤس. **لنا**: أنها سبب الملك فتتبعه، ككسب العبد وثمر الثمرة وأرش الجناية وأجرة الدار. **احتج** بأنها للضرر المستمر فتستحق بالملك والضرر مستوٍ، ولأن الشفعة تستحق بالقليل كما تستحَق بالكثير إذا انفرد إجماعاً، فكذلك إذا اجتمعا، ولأن الدية على عدد روؤس الجَانِين[1] لا بقدر الجنايات، والغَنيمة[2] بقدر الرؤس لا بقدر القتال، فكذلك ها هنا، ولأن قوله[3] عليه السلام: (**الجَارُ أَحَقُّ بِسَقْبِه**) يقتضي التسوية بين المتجاورين، وقوله[4] عليه السلام: (**الشُّفْعَة لِلشَّرِيكِ الذِي لَمْ يُقَاسِمْ**) يقتضي التسوية لاستوائهم في هذا الوصف، كما لو قلنا: الدار لإخوتك، استووا في الإستحقاق.

والجواب عن الأول: أن الشريك إذا باع ملكه سقطت شفعتُه، فدل على أن نصيبه هو المُوجب لشفعته، فتقسم على قدر الأنصباء، ولأن الضرر يختلف بإختلاف الأنصباء في المطالبة بالقسمة فيفترق الملك وينقص، وغرم أُجرة القاسم فالأكثر يتضرر أكثر.

---

(1) في النسخة: الجانيين.

(2) في النسخة: والعتبية.

(3) تقدم تخريجه.

(4) تقدم تخريجه.

والجواب عن الثاني: أنه يبطل بالإبن وابن الإبن يستويان إذا انفردوا في أخذ جميع المال، وإذا اجتمعا سقط ابن واختلف الحكم، وكذلك الإبن والأب.

والجواب عن الثالث: أن السبب ثَمةَ زهوقُ الروح لا ملكهم لأموالهم، ونسبة هذا السَّبب إليهم نسبة مستوية، فيستوون، والغنيمة لا تستحق إلاَّ بالقتال، لأن من لم يقاتل يساوي المقاتل، بخلاف الشفعة فتستحق بالملك كما تقدم.

والجواب عن الرابع: أن الحديثْين وردَا في معرض بيان مَن له الشفعة لا بيان أحْوال الشفعة، **والقاعدة:** أن النصوص إذا وردت لمعنى لا يستدل بها في غيره، لأن المتكلم لم يقصده، كقوله[1] عليه السلام: **(فِيمَا سقَتِ السَّماء العُشُر)** لا يستدل به على ان في الخُضَر الزكاة، لأن المقصود بيان الجزء الواجب لا ما تجب فيه الزكاة، وهي قاعدة جليلة لا ينبغي لِلفقيه أن يهملها.

نظائر: قال أبو عِمْران: ثَلاثَة مسائل تختص بالأنصباء دون الرؤس: الشفعة، وزكاة الفطر عن العبْد المشتَرى، والتقويم في العتق، وستة مسائل تختص بالرؤس دون الأنصباء: أجرة القاسم، وكنس المراحيض، وحراسة أعدال المتاع، وبيوت الغَلات، وأجرة السقي على المشهورِ، وحارس الدابة، والصيد، لا تعتبر كثرة الكلاب، زاد العبدي في **نظائره:** كنس السواقي.

تفريع

قال اللخمي: قال محمد: الشفعة كعبد بين ثلاثة، الثلث والسدس والنصف، فاعتق صاحب النصف والسدس معاً فإنه يقوَّم عليهما أرباعاً على الأنصباء، وقال عبد الملك: بل بالسوية لأنه لو اعتبر كثرة النصيب لقُوم جميع الرَّقيق منه على القليل وكثير النصيب، وعلى هذا تكون الشفعة، لأن الضرر اللاحق لِقليل النصيب أكثر في المقاسمة، فإن نصيبَه قد يقل فلا يشفع به بعد القسمة، وهذا إذا كانت فيما ينقسم، وإن كانت فيما لا ينقسم وحكم بها فيه فهي على العَدَد، ولا تُراعَى الأنصباء لأنها إنما

(1) رواه البخاري في الزكاة في عدة أبواب، ومسلم في فاتحة الزكاة، ومالك في (الموطأ) في الزكاة، باب ما تجب فيه الزكاة. عن أبي سعيد الخدْري. وقد تقدّم تخريجه.

جعلت لدفع الضرر في طلب المشتري البيع، ويستوي في ذلك القليل والكثير، قال صاحب **التنبيهات**: وعن مالك: هي على عدد الرؤس: يتحصل ثلاثة أقوال: قولان لمالك في الرؤس والأنصباء، وتفرقة اللخمي فيما ينقسم.

فرع

في **الكتاب**: إذا اختلفا في الثمن صُدق المبتاع، لأنه مدعىً عليه اخراج ملكه بما لا يرضى إلاَّ أن يأتي بما لا يتغابن بمثله فلا يُصَدق إلاَّ أن يكون ملكاً[1] ولعلّها: مالكاً. يرغَب في الدار المجاورة له فيصدق، لأن شأنه أن يبدل كبر العرصة، فإن أقاما بينة وكانا في العدالة سواء سقطتا وصُدق المبتاع، لأنه صاحب اليَد. في **التنبيهات**: قوله: لأنه صاحب اليد[2]: قيل: مفهومه: لو كانت في يد الشفيع كان خلاف ذلك فاتت أم لا، وقال في كتاب الرواحل: يُصَدق المكتري لقبضه الراحلة، ولأن تسليم الشقص للشفيع كتسليم الشفعة للمشتري، ويختلف هل يصدق بنفس تسليمها أو حتى يبيّن بها أو حتى تفوت؟ قال التونسي: يصدق المستري ولم يقل يحلِف أم لا، قال محمد: إذا أدعى الشفيع حضور المبايَعة حلف المشتري، وإن لم يحقق لا يحلف، لأن إيمان التهم لا تلزم إلاَّ من تليق به التهمة، وقال أشهب: يصدق المشتري بغير يمين إذا أتى بما يُشبه صُدق مع يمينه، وإن اختلف البائع والمشتري في الثمن تَحَالَفا وتَفَاسخا وبطلت الشفعة، ويشبه إن رضي الشفيع بكَتب عُهدته على البائع أن يأخذ شقصه كما قيل: لو باع الشقص من غائب أخذ على أحد القولَيْن منه، فإن جاء المشتري فأنكر قيل: تبقى عهدتُه على البائع إن شاء، واستحسنه محمد، وَقيل: يرد الشقص، قال التونسي: إن نَكَل المشتري لما حلف البائع وجب البيع على المشتري بما قال البائع، ويأخذ الشفيع بقول المشتري مؤاخذَةً له بإقراره، قال: وفيه نظر، لأنه إنما خلص الشقص بزيادة البائع، لأن المشتري لو حلف انتقض البَيْعُ، فكأنه ابتدأ البيع بالأكثر، ولو غرم المشتري على

---

(1) كذا.

(2) (اليد) سقطت من النسخة.

الشقص غرماً: قال: يحتمل أن يأخذ الشفيع بالثمن والغُرم، وقد اختلف فيمن فدى شيئاً من اللصوص هل يأخذه ربه بالغرم أم لا؟ وإذا اختلف الشفيع والمشتري لا يشفع لتصديق البائع لأحدهما لاتهامه في نقل العهدة عن نفسه إذا استحق الشقص، ولو شهد للمشتري فلا تهمةَ إلاَّ من باب شهادته على فعل نفسه لتضرره بإقراره أن الذي يرجع عليه من عهدة الشقص أكثر ممّا قال الشفيع، فإن أتى الشفيع والمشتري بما لا يشبه فأعدل الأقوال: يحلفان لتساويهما، ويأخذ الشفيع بالقيمة، فإن نكل أحدهما صدق الحالف، فإن طال الزمان حتى نسيا الثمن وقال المشتري: لا اعرفه لطول الزمان وغيبة الشفيع، سقطت الشفعة للتعذر، ولو شهدت بينة المشتري بمائة وبينةُ الشفيع بخمسين، فإن كان في مجلس واحد تكاذبا على أحد القولين فيقضي بأعدلهما، وإن تكافأتا سقطتا وصُدق المشتري، وعلى القول الآخر: تقدم بينة المشتري لأنها زادت ما لم تعْلمه الأخرى، أو في مجلسين كانا بينتين يشفع بما يريد، وله الأخذ بالخمسين، لأنه يحمل على أنه أقاله، ثم اشترى ثانياً منه أو من غيره، ولو كانت دارٌ في يد رجل وأقام غيرُه بينة بشرائها من المدعي، فإن وقتتا حُكم بأقربهما وقتاً وإلاَّ تحَالفا وَقُسمت بينهما إن لم تكن في يد واحدٍ منهما، وإلاَّ هي لصاحب اليد بعد حلفه، فإن كان شِقصاً وهو في يد أحدهما فحَلَف أخذ الشفيع بالثمن الذي أقربه، أو بأيديهما أخَذ من كل واحد نصفه بالثمن الذي أقرّ أنه اشتراه به، قال ابن يونس: قوله في **الكتاب**: إذا تكافأت العدالة سقَطَتا، قال سحنون: تقدم بينة المبتاع لأنها زادت كاختلافِ المتبايعيْن في الثمن، قال سحنون: وإذا لم يقيما بينة وظهر للحاكم مجاوزة الثمن إلى حد الحيلة لقطع الشفعة ردّ إلى الأشبه، وإن ادَّعى الشفيع علمَ الثمن قضي له مع يمينه إلى أن يأتي بأقلّ من القيمة، وإذا قال البائع: بعت بمائتيْن، وقال المبتاع: مائة، وقال الشفيع: خمسين، أو لم يدع شيئاً ولم يفت بطول الزمان أو تغير سُوق أو هدم أو بيع أو نحو ذلك وهي بيد المبتاع أو البائع: ففي **الكتاب**: يصدق البائع ويَترَادَّانِ بَعد التَحالف، وتبطل الشفعة، وليس له ان يأخذها بمائتين، وتمنع من ردّ البيع لأنه لا شفعة حتى يتم البيع، فتكون العهدةُ على المبتاع. وها هنا هي على

البائع، ألا تَرى أنه لا شفعة في هبة الثواب إلاَّ بعد العِوض، وقيل: لو رضي بالعهدة على البائع شفع، قال اللخمي:

إذا كان الثمن عَرضاً وَاختلفا في قيمته وَصَفَه أهل المعرفة واخذ بتلك القيمة، وإن نَقَص سوقُه أو زاد فالقيمة يومَ الشراء، وإن اختلفا في مقدار نقص السوق أو زيادته صُدق المشتري، وَمَتَى أشكل أمرُ التغير صُدق مدعي تبقيته عملاً بالإستصحاب، وإن هَلَك العَرض واختلفا في صفته صُدق المشتري إلاَّ أن يأتي بما لا[1] يشبه فيصدق الشفيع، وإن أتى بمالا يشبه: قال ابن دينار: ومن اشترى أرضاً فقام الشفيع وادَّعَى عدمَ القسمة صُدق، لأن الأصل: بقاء الملك مشتركًا، وقاله ابن القاسِم، وكذلك لَو قال: اشتريت بعد القَسم، وإذا اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن في خمسين ومائة تحالَفَا وتَفَاسخا وسقَطت الشفعة، فإن نكل البائع وحلف المشتري غرَم خمسين وشفع بها الشفيع، فإن نكل المشتري وحلف البائع أخذ بمائة واختلف بما يشفع: فقال أشهب: بخمسين لأنها التي أقربها المشتري ويقول: ظلمني البائع بيمينه، ولو رجع المشتري إلى ما قاله البائع ما قبل منه، وقال عبد المَلك: بمائة، لأنه الثمن المحلوف به، فإن أحب الشفيع قبلَ فسخ العقد الأخذ بمائة فله على قول ابن القاسم، وليس له عند أشهب قياساً على قولهم: إذا اسْتحق بعضُ الأرض وكان ذلك عيباً يوجب للمشتري الرد قال الشفيع: أنا آخذه، وقال المشتري: أرد، قَدَّم ابن القاسم الشفيع، وأشهب: المشتري للعهدة التي تكتب عليه، وله الشفعة قبل التحالف أو بعد يمين أحدهما وبعد أيمانهما على القول بأن البيعَ منعقد حتى يُحكم بفسخه، ولو اختلفا بعد فَوت الشقص صَدقَ ابنُ القاسم المشتري وأشفعه بخمسين، وقال أشهب: يتحَالفان ويغرم المشتري قيمتَه يومَ البيع إلاَّ أن يكون أكثر ممّا ادعى به البائع أو أقل ممّا قاله المشتري، ثم يشفع بما يستقر من القيمة، فجعل الشفعة بالقيمة، لأن أيمانهما عنده فسخ للعقد، والقيمة بدل من ردّ العين فهي الثمن، بخلاف إذا حلف ونكل المشتري

(1) كذا في النسخة، ولعلّها: الاُ أن يأتي بما يشبه. بدليل ما بعده.

لبقاء العقد، وإذا قال المشتري: نَسيتُ الثمن لِطول المدة، أو مات المشتري وقالت الورثة: لا علمَ عندنا، أو كان الشفيع غائباً أو صغيراً: سَقَطت الشفعة عند ابن القاسم، وإن كان على غير ذلك: فالشفعةُ بالقيمة عنده إذا لم يعقد، وقال عبد الملك: إذا جاء الشفيعُ إلى ولد المبتاع بعد طول المدة حَلَف الولد على نفي العلم وَشَفَع بالقيمة، وكذلك لو كان صبياً وقال: لا أدري الثمن، حَلَف، فإن نكل: حلف الشفيع إن شاء، وقيل للمبتاع: مَتَى أحببتَ حَقك فخذه، وإن حَلَف فله القيمة يومَ أُسلمه إلى الشفيع، وإن قال الشفيع: لا أقبضه لاحتمال كثرة ثمنه، فلا بدّ من يمين المبتاع: أنه ما عَلِم، وقيل: إذا اختلفا فجاء المشتري بما لا يشبه، أو جَهِل الثمن، شَفَع بالقيمة يومَ البيع، وإن أقرّ المالك بالبيع وأنكر الآخر الشراء صُدّق في عدم الشراء، لأنه الأصل ولا شفعة، وفي كتاب محمد: بعت من فلان الغائب، إن بعُدت الغيبة شَفَع لإقراره أنه أولى منه، فإن قَدم وأقر كُتبت العهدة عليه، وإن أنكر حَلَف ورجع الشقص للبائع، وقال محمد: أحب إليّ أن لا يرجع لإقرار البائع أن الشفيع أحق منه، وتُكتب عهدة الثمن على البائع، قال اللخمي: وقول محمد أصوب، والحاضر مثله له الشفعة، لأن المالك مقرّ بانتقال ملكه، وأن الشفعة واجبة للشفيع، وأن المشتري ظلمه بجحوده، وخالفنا (ح) فقال: إذا أقرّ المالك بالبيع وأنكر المشتري[1] وأشار الناسخ بالهامش الى أنه سقط من هنا شيء. لنا: أن المشتري أصل الشفيع ولم يثبت فلا يثبت، أحتجّ بأن في إقراره حقاً للمشتري والشفيع، وإن لم يقبل المشتري حقه بقي حق الشفيع، ولأن الفرع قد يثبت حيث لا يثبت أصله، كإقرار أحد الأخوين بأخ ثالث يثبت الإرثَ دون النسب.

والجواب عن الأول: أن الذي لم يثبت أصل لما بقي، فينتفي الباقي لإنتفاء أصله، بخلاف إذا أَقَرَّ لرجلَيْن فكذبه أحدهما.

والجواب عن الثاني: أن إقرار الأخ معناه: أنت مُستحق لِما في يدي فقُبل.

---

(1) كذا.

والبائع يقول: أنت تستحق على المشتري فهو مقرٌّ على الغير فافترقا.

فرع

في **الكتاب**: العهدة على المشتري وحده للشفيع، وإليه يدفع الثمن، قبضه البائع قبلُ أم لا، ويرجع المشتري على البائع في الإستحقاق، ولا شيء للشفيع على البائع، وقاله (ش)، وقال (ح): إذا أخذ من المشتري، أما من البائع على أصله قبل المشتري فالعهدة عليه وهو باطل، لأن البائع لو أخذ منه لكان مالكاً، ولو كان مالكاً انْفسَخ العقد فتسقط الشفعة. **احتج**: بأن البيع ينفسخ بين البائع والمشتري للإنتقال للشفيع، كما لو هلك قبل القبض، **وجوابه**: أن المبيع يدخل في ملك المشتري بنفس العقد، والهلاك منه، قال مالك في **الكتاب**: لو غاب المبتاع قبل نقد الثمن ولم يقبض الدار: نَظَر الإمام لأنه محل اجتهاد في مال الغائب، وللبائع منعُ الشقص حتى يقبض الثمن، وللشفيع دفعُه له وقبض المبيع لأنه عنه أدَّى، وإن كان على المشتري ديْن فقام غرماؤه قبلَ النقد وقبض المبيع فللشفيع الدفعُ عن المبتاع للبائع وأخذ المبيع، ولا شيء للغرماء، لأن البائع مقدم عليهم، ولأن الشفيع لو ترك بيعت الدار وأعطي البائع الذي بِيعَتْ بِهِ إلاَّ أن يفلس المبتاع فالبائع أولى بالدار، إلاَّ أن يضمن الغرماءُ الثمن، قال التونسي: إن غاب المشتري غيبة بعيدة رفع الشفيع الأمر للإمام، فلو مات المشتري وقد قبض الشقص قبل تسليم الثمن دفَعَ الشفيع الثمن وأخذ، ويكون البائع اسوة الغرماء لأنه قد سلم، وفي **كتاب محمد**: هو أحق بثمنه وهو ضعيف، وإذا كان الشفيع غائباً فقاسم المشتري ثم قَدِم فله ردّ القَسم والأخذُ لتعلق حقه قبلَ القَسم، ومَنَعَ أشهب، لأن المشتري قَاسَم مَن تَجوز مقاسمتُه، وقال سحنون: يمضي القسم ويأخذ ما صار له من ذلك جمعاً بين المصالح، وفي **النوادر**: قال أشهب: إن قَربت غيبة الغائبِ كتب الإمامُ إليه ليقدم، فإن تعذّر قضى بالشفعة، والبائع يقبض الثمن منه إن لم يكن قبضه، وإن كان قَبضه أُخذه الإمام من الشفيع، ووقفه للمبتاع، وكَتَب عليه العهدة، فإذا قدم أشهد بذلك على نفسه، فإن مات فالعهدة على تركته، وإن قبض المبتاع الشقص وسكنه، ثم

مات وقام غرماؤه وقام البائع بالثمن وقامَ الشفيع: فالبائع أحق بالثمن من غرماء المشتري، قال محمد: ولو فلس المبتاع فالشفيع والبائع أحق بالثمن من غرماء الشفيع، قال محمد: ولو فلس المبتاع فالشفيع أحق بالشقص، ويدفع الثمن للبائع.

فرع

قال التونسي: لو اشترى بنقد فباع بديْن وله شفيعان، فطلب أحدهما بالنقد والآخر بالديْن، ليس لهما الإفتراق لضرر تفريق الصفقة، ولو كانوا جماعة غائبين إلاَّ واحداً فله أخذ الجميع أو الترك نفياً لضرر تفريق الصفقة، فإن ترك ثم قدِم آخر فله أخذ الجميع، ولا يدخل الشفيع الأول معه، لأنه أسقط حقه، ولو أخذ الأول ثم جاء الثاني شاركه بقدر نصيبه، لأن الأصل: بقاء حقه، وإن امتنع بعضهم من الأخذ أخذ الباقون بقدر حِصَصِهم من حصص جميع الشركاء، قال عبد الملك: إن قال الآخذ للجميع للقادم بعده: أنا أسلم الجميع إليك، ليس له ذلك إلاَّ برضا القادم، فإن رضيا ثم قدِم ثالث فإن كان ما ينزع به الأول للثاني فوق ما يلزمه فهو بيع يأخذ الثالث من الثاني بالشفعة، إلاَّ أن يشرك الثاني فيه بقدر حقه فيما يصيبه في ذلك من الشفعة، وإن كان الثاني هو التارك ذلك كله للأول إلاَّ قدر ما يصيبه من جميع شركائه، فليس بِبيع، ولا شفعة إلاَّ الشفعة الأولى يأخذ منها الثالث بقدر حقه لو حضر معهما، وإن أخذ الجميع وباعَه من أجنبي ثم قدِم شفيع: قال سحنون: له أخذ نصف هذا الشقص من المبتاع الأول بنصف الثمن، والنصف الآخر من المشتري الشفيع بنصف الثمن الذي اشْتَرى به، أو بالذي اشترى به هذا الثاني. وفي **كتاب محمد**: إن باع ربع الدار ثلاث صفقات، والغُيَّب ثلاثة لكل واحد رُبع فَقَدِم واحد، فإن أخذ بالصفقة الأولى لم يدخُلْ معه المشتريان الآخران لتقدم الشفعة عليهما، أو بالصفقة الآخرة دخل معه المشتريان الأولان لتقدم حقهما، وكان ثلث الربُع مقسوماً على خَمسة، ثلاثة أخماسه للقادم،

لأنه يأخذه وللغائبين، وخمساه للمشتريين، فإن قدم آخر فسلم أيضاً الصفقتين الأولَيَن[1] قُسم ثُلث الرُبع بينهم على ثمانية، للمشتري سَهْمان، ولكل واحد من القادمين: ثلاثة ثلاثة، فإن جاء ثالث فسلم الأوليين ضرب معهم بثلاثة ينقسم ثلث الربع أحد عشر، فإن أخذ هذا الثالث السهمين اللذين سلمهما الأول أضافهما لسهامه بسهم لِخمسة، وأخوته ثلاثة ثلاثة، وإن أخذها الإثنان ضرب بأربعة أربعة، وضرب الذي سلمها معه بثلاثة، وإن كان الثالث إنما أخذ الثانية ضرب هو بأربعة، وأولئك بثلاثة ثلاثة، والمشتري بواحد، وكذلك إن أخذ الأولان ضرب هو بأربعة، والباقون بثلاثة. والمشتري بواحد وهي الصفقة الثانية.

فرع

في الكتاب: لو باع بثمن إلى أجل فللشفيع الأخذ بالثمن إلى ذلك الأجل إن كان ملياً، أو ضَمِنه ثقة ملي، وقال (ش) و(ح): له تعجيل الثمن ويأخذ، أو الإنتظار حتى يحل الأجل فيعطى ويأخذه لا ياخذ بالمؤجل. لنا: إنه يأخذ بمثل الثمن جنساً ومقداراً فكذلك تأجيلاً،ولأن[2] للأجل قسطاً من الثمن، فلما وجب الأخذ بالمقدار المعين في العقد وجب الأخذ بالمؤجل لينضبط المقدار لأنه لو أخذ بالحالّ أضَرّ به فكان فيه رفع الضرر بالضرر بزيادة الثمن، والشفيع لا يزاد عليه في الثمن. **إحتجوا** بأن الثمن في ذمة المشتري للبائع، ومَن له ثمن في ذمة لا يتمكّن أحد من نقله إلى ذمة أخرى إلا برضاه، ففي التخيير نفي الضرر عن الجميع: البائع والمشتري والشفيع، ولأن الأجل ثبت للبائع بالشرط، فلا يستحقه غير المشترط، ولأن البائع إنما رضي بذمة المشتري فلا يلزمه غيرها.

والجواب عن الأول: أن البائع لما باع ما فيه الشفعة دخل على الإنتقال مع أنّا لا ننقل حقه، بل حقه في ذمة المشتري، وحق المشتري في ذمة الشفيع.

---

(1) في النسخة: الأولتين. وهو لحن.

(2) في النسخة: وللآن.

والجواب عن الثاني: أن الشرط ينتقل لمن له الملك بدليل الوارث ينتقل له البيع بالثمن المؤجل.

والجواب عن الثالث: أنه رضي بذمة الشفيع قبل العقد.

تفريعٌ

في الكتاب: إن رضي البائع فابتاع الشفيع امتنع لأنه فسخ دَين ما لم يحلّ في دَين، وإن عجل الشفيع الثمن للمبتاع جاز، لأن الأجل حق لِلمشتري فله إسْقاطه، وليس عليه هو تعجيله للبائع توفية بالعقد، ولا للبائع منعه من قبض الدار، قال ابن يونس: قال أشهب: إن لم يكن مثل المشتري في الملاء أَتَى بحميل مثل المشتري توفية بمصلحة البائع، ومنع محمد إذا كان ملياً ثقةً لحصول المقصود، وإن اتفقا في العدم فامتنع المشتري من التسليم إلاّ بحميل محتجاً بحميل البائع بعدمه فلا حجة له، لأن الأصل: عدم ذلك، وإن كان أعدم منه أتى بحميل في مثل عدم المبتاع أو أملى لأنه الصفة الواقعة في العقد، وقال محمد: إن كان الشفيع عديماً لا شفعة له إلاّ بحميل ثقة، كان المبتاعُ عديماً أم لا، صوناً لملك المشتري عن الضياع، لأن عدمه لا يخل بملكه، ولو اشترى إلى أجَل بحميل، والشفيع أملَى منه: قال أشهب: إن لم يأت بحميل أو رهن مثله فلا شفعة، ولا يفيد رهن فيه وقايل[1] مثل الأول لأنه الواقع في العقد، ولو كان برهن وحميل فلا بدّ منهما لأنهما الواقعان في العقد، ولأشهب: إن كان أملَى من الحميل والغريم أخذ بغير رهن وحميل لحصول مقصود ضبط المالية، قال محمد: والأول أولى عندنا، قال عبد الملك: إن قام الشفيع بعد حلول الديْن ودفع الثمن اسْتُؤنف للشفيع مثلُ أجل المشتري، لأنه صفة العقد، فإن كان ثقة دفع إليه وإلاّ فحميلٌ ثقة، فإن عجز ولم يكن ثقة أبطل السلطان شفعته، وإن وجد ثقة بينه وبين حلول أجل الثمن أو بعده فلا شفعة لعجزه عن الثمن إذا أوقفه السُّلطان، وقال أصبغ: إذا قدم بعد حلول الأجل فلا يأخذ إلاّ

(1) كذا.

بنقد، لأن الأجل بطل، وصار الثمن حالاًّ، والأول قول مالك وهو أصوب لينتفع الشفيع بالأجل كما انتفع المشتري، وإن اشترى بدَين له على البائع إلى سنة أخذ بقيمة الدين عَرَضاً يدفعه الآن لأن الديْن عرض من ذوات القيم، وذلك إن لم يقم حتى حلّ الأجل، قاله عبد الملك، وقاله سحنون: إلاَّ أنه قال: يقوم الديْن بعَرَض نقداً، ثم يقوم العَرَض بعين، ثم يأخذ بذلك، وقال مالك: لا يأخذ إلاَّ بمثل ذلك الديْن لأنه الثمن، ولأنه لا قيمة للنقدين بل في العروض، قال محمد: فلو اشترى به بعد حلوله لم يأخذ إلاَّ بذلك القدر بعينه لأنه الثمن، فإن اشترى بكتابة مكاتب: ففي **كتاب محمد**: يأخذ بقيمة الكتابة عرضاً يقوم على أنه يعجز أو يؤدي، فإن عَجَز فهو رقيق للبائع، لأن الرقبة عوض الكتابة، قال أشهب: إن اشتراه بعرض موصُوف أخذ بقيمته إلى أجَله على مثل من هو مثله في يسره وعُسره ولدده، ويمتنع أخذه قبل معرفتهما بالقيمة لا كبيع مجهول، قال محمد: وهذا غلط بل بمثل العرض إلى أجَله، وإنما يأخذ بالقيمة نقداً إذا اشترى بعرض معين لتعذر المثل، ولأنه إذا استحق العين قبل قيام الشفيع انتقض البيع، وفي استحقاق الموصوف لا ينتقض، والشفعة قائمة، قال اللخمي: إذا اشترى بثمن إلى أجَل أو أخذه من ديْن مؤجل فثلاثة أقوال: يأخذ بمثل ذلك مؤجلاً في الوجهين، قاله ابن القاسم في **المدونة**، وبالقيمة في الوجهين، وبمثله إن كان ثمناً، وبقيمته إن أخذه في ديْن، قاله عبد الملك وسحنون، لأن الأجَل صفة الثمن.

فرع

في **الكتاب**: إذا اشترى حصتين من دَارين في صفقة وشفيع كل دار على حدة: فسلم أحدُهم فللآخَر أن يأخذ شفعتهُ في التي هو شفيعها دون الأخرى لعدم ضرر التفريق بينهما، وإن اشترى ثَلاث حِصص في صفقة من دار أو دور في بلَد أو بلدين من رجل أو رجال، وشفيعها واحد فليس له إلاَّ أخذ الجميع أو الترك نفياً لِضرر التفريق، وكذلك إن اشترى من أحدهم حصته في نخل، ومن الآخر حصتَه في قرية، ومن الآخر حصته من دار في صَفقة، أو باع ذلك كله وشفيعه

واحد، ولو ابتاع ثلاثة من واحد أو من ثلاثة في صفقة والشفيع واحد: فليس له الأخذ من أحدهم دون الآخر بل الجميع أو يترك، وقاله (ح) خلافاً لـ (ش). **لنا:** أنه تفريق الصفقة فيمتنع للضرر، **إحتج**، بأن عقدهما مع المشتري كالعقدين فلا تفريق، **والجواب:** لا نسلم بل صفقة واحدة، ولو اشترى حصة ثلاثة في ثلاث صفقات فللشفيع أن ياخذ[1] بأي صفقة شاء لعدم الضرر، فإن أخذ الأول لم يشفع معه المبتاع لأنه أجنبي فيها، او الثانية، فلَه فيها بقدر صفقته لتقدم شركته عليهما، أو الثالثة استشفع بالأولى أو الثانية، وإن ابتاع ما هو شفيعه مع شفيع تحاصّا فيه بقدر حصتهما يضرب فيه المبتاع بقدر نصيبه من الدار قبل الشراء، ولا يضرب بما اشترى، وإذا حضر بعض الشفعاء فقال: آخذ حصتي فإذا قَدِم أصحابي فإن أخذوا وإلاَّ أخذتُ حصتهم منع، بل يأخذ الجميع أو يترك نفياً لضرر تفريق الصفقة، فإن سلم لم يأخذ مع اصحابه لإسقاط حقه، ولهم أن يأخذوا الجميع أو يتركوا، فإن سلموا إلاَّ واحد قيل لَه: خُذ الجميع أو أترك، وإذا أخذ الحاضر الجميع شاركه الغائب إذا قدم بقدر ما كان له، فإن أخذ بعضُ القادمين وأبى البعض لم يكن للآخر أخذ حصته فقط، قال صاحب **التنبيهات:** قوله: في حصص ثلاثة: نخل وقرية ودار، قال أشهب: هذا إذا كانوا متفاوضين يعني المشترين وإلاَّ فليأخذ ما شاء لأنه لا ضرر على المشتري فيما يأخذ من الآخر، وحمل الباجي قول أشهب على التفسير، قال: وإلاَّ فلا وجه لثبوت الشفعة، وحمله غيره على الخلاف، قال التونسي: إذا اشترى إثنان شقصاً من رجل: قال ابن القاسم: ليس له الأخذُ من أحدهما بل منهما أو الترك نظراً لاتحاد البائع، وقال أشهب: له الأخذ من أحدهما لأنه لا ضرر على أحدهما بل منهما في الأخذ من الآخر ولا منه، قال: وقول أشهب: إلاَّ أن يكونا متفاوضين، ولو أخبر أحدهما أنه اشترى الجميع فسلم له، ثم إنه اشترى مع غيره، قال ابن القاسم: لا يلزمه التسليم وله أخذ البقية، لأنه يقول: إنما تركتُ لمن يشافعني وأشافعه، وأما من يشافعه دوني فلم أترك له، قال:

(1) في صلب النسخة: فللشفيع أو أي صفقة شاء. واستظهر بالهامش أن يكون الصواب ما أثبتنا.

وهذه العلّة توجب أن مَن باع لرجلين أنهما يتشافعان دون بقية الورثة، وأنهما لهما أن يحلا محل البائع مِنهما، وعن أشهب: أنهما كأهل سهم واحد يتشافعان دون بقية الورثة، وعن أشهب: أنه يلزمه ما سلم لمن سُمّي، ثم قال: ويكون من اخذ منه شريكاً للذي سلم له إن شاء أن يلزم ما اخذ بالقيمة، قال محمد: إذا كانا امتفاوضين، قال التونسي: جعل أشهب لمن علم به كتسليمه نصف المشترى شائعاً فَذَلك لازم له وهو الباقي بين الشريكين إن رضيا، وإن قال: أنَا آخذ الجميع أو أترك فذلك لهما للضرر الداخل عليهما، وقول ابن القاسم بيّن، لأنه إنما سلم لمن ظنّ أنه اشترى الجميع، فلما تبيّن أن غيرَه اشترى كان له أخذ ما لم يسلمه وهو نصف الأخذ، وله الرجوع في نصيب هذا للضرر الداخل عليه في تفريق الصفقة، **فإن قيل**: اشترى النصف فسلم فظهر أنه اشترى الجميع ففي **كتاب محمد**: يلزمه التسليم ويأخذ النصف الآخر إن رضي، قال: والأشبه: أن له أن يأخذ، لأنه يقول: كرهت أن أبقَى شريكاً مع البائع، فأما إذا باع الجميع فأنا آخذ، وهو ظاهر **المدونة**، وإذا سلم ولم يذكر له أخذ لزمَه، عَرَفَ الثمن أم لا، وإذا أخذ لما سمي لَهُ أخذ فوجد غيره لَزمه، لأن الظاهر من أمره أنه لما أخذ فقد رغب في الشفعة ولم يقصد الأخذ ممن سمي غيره، قال: وفيه نظر إلاَّ أن يكون معنى الأخذ أنه أراد نفسه لا رغبة فيمن سمّي له، فإن أخذ قبل معرفة الثمن فهو فاسد، فإن قيل له: بدنانير فوجده بعرض لزمه التسليمُ لأنه إنما يدفع دنانير إلاَّ أن تكون قيمة العَرض أقل, ممّا سمّي له من الدنانير، وكذلك إذا قيل: بدنانير فوجده بقمح أو زيت فله الأخذ لأنه يقول: كرهت غرْم مثل القمح لأنه أثقل عليّ، وكذلك إذا قيل: بقمح فوجده بدنانير، أو قمح فوجده زيتاً لأن الزيت أخف من كيل القمح، وخالفه ابنُ القاسم في ذلك دون أشهب، فإن قيل: بعَرض فوجده دنانير لزمه التسليم إلاَّ أن تكون الدنانير يَسيرة لا تكون ثمن العَرض، لأنه إنما سلم لتوهم الكثرة. فإن قيل: بقمح فأخذ جاز. وإن لم يصف القمح، فإن لم يجد وسطاً أو دُون الوسط لزمَه وإلاّ خيِّر، ولا يلزمه برضا المشتري بالوسَط لكراهة المنة عليه، ولا يجوز الأخذ قبل معرفة القيمة للبناء الذي أحْدثه في الشقص، وأجيز قبل

معرفته بقيمة السلعة التي اشترى بها الشقص إذا رآها، لأن الجهالة بالقيَم لا تبْطل البيع لأنها رَغَبات الناس خارجة عن السلع، قال: والأشبه: المنع لأنه مشتر للشقص بقيمة مجهولة، قال ابن يونس: إذا سلّم أحدهما على سبيل الهبة أو الصدقة على المبتاع: قال ابن حبيب: ليس للآخذ إلاّ بقدر سهمه أو تركاً للشفعة فللمتمسك أخذ الجميع [1] للقادم الجميع ليس له ذلك إلاّ بِرِضَا القادم، فإن رضي ثم قدم ثالث فما تبرع به الأول للثاني مما لا يلزمه بيع يأخذه الثالث من الثاني بالشفعة إلاّ أن يشركه الثاني فيه بقدر حقه من الشفعة، قال اللخمي: إذا طلب الشفيع جميع الصفقة وقال المشتري: لا أسلم إلاّ نصيبك: قال اشهب: له الأخذ بجميع ذلك النصيب، وقال ابن حبيب: إن أراد سقوط حقه وجه المشتري لم يشفع إلاّ بنصيبه، أو كراهة الأخذ أخذ جميع النصيب، وفي **مختصر الوقّار**: ليس لمن يجز [2] إلاّ نصيبه وهو أقيسها لأن الذي كان له من الشفعة فضلها، والفاضل لا شيء له فيه، وإذا أسقط الآخر حقه فهو لمن تركه له، وإذا كانت الدار بين أربعة وباع اثنان نصيبَهما صفقة للثالث أخذ الجميع دون نصيب أحدهما إلاّ أن يرضى المشتري لِئلاّ تتفرّق صفقتُه، وإن كان البائع واحداً والشفيع واحداً والمشتري اثنان اشتريا صفقة واحدة لا يشفع من أحدهما عند ابن القاسم نظراً لاتحاد الصفقة، وله عند أشهب وسحنون، لأن الأخذ من أحدهما لا يضرّ بالآخر، وإن اشترى رجل والشفيع واحد، والبائع اثنان، باعا نصيبهما صفقة ليس للشفيع إلاّ أخذُ الجميع أو الترك، لضرر التفريق، وكذلك إن باعا نصيبهما من دَارَيْن أو دار أو بستان صفقة، فإن كانت شركة أحدهم في دار، والأخر في حمام، والآخر في بستان، فباعوا صفقة على القول بجمْعِ السلعتين، والشفيع واحد: قال ابن القاسم: ليس له إلاّ أخذُ الجميع أو الترك، وهوَ أحد القولين في الصفقة لمالكين، هل هي كالصفقة لمالك إذا عقد أحدهما عقداً حلالاً والآخر حَرَاماً ما قيل: يفسخ

(1) كذا وكتب بهامش النسخة: ظ سقط شيء.

(2) كذا.

العقدان، وقيل: الحرام فقط، فَعَلَى هذا يجوز الإستشفاع من أحدهما دون الآخر، وإذا استحق أحدهما وهو وجه الصفقة لا يرد المشتري، وعلى القول بأخذ الجميع يقدر في فساد أحدهما الآخر، وإذا استحق الوجه رد، وكونهما كالعقدين أحسن، وإن كان الشفعاء ثلاثة فأشفع أحدهم في الدار والآخر في الحمام والآخر في البستان جاز، لأنه لم يبقَ في يد المشتري شيء.

تمهيد، في **الجواهر**: إذا اتحدت الصفقة والشفيع لا ينظر إلى تعدد البائع والمشتري والأشقاص، بل ما أخذ الجميع أو تركه، وإن اتّحدت الصفقة والبائع والمشتري وإن تعدد الشفيع، وقال سحنون وأشهب: إذا تعددت الأشقاص والمشترون واتحد الشفيع فله الأخذُ من أحدهم وإن اتحدت الصفقة، وقاله ابن القاسم ثم رجع عنه، ولو تعددت الشفعاء والأشقاص لكان لكل واحد أخذ ما هو شفيع فيه خاصة.

فرع

في **النوادر**: قال ابن القاسم: إن قدم الغائبون وقد أُخذ الحاضر الجميع دخلوا معه بقدر سُهمانِهم، قال أشهب: ويخيرون في العهدة بين الحاضر لأنه أخذ لنفسه، أو بين المأخوذ منه ولا تكتبوها عليهما، فإن أبى بعضهم فللآخرين بقدر حصصهم من حصص مَن أخذ، فإن أبوا إلاَّ واحداً نصيبه مثل نصيب الآخذ: فالمأخوذ بينهما شطران، قال أشهب: ويخيّر في العهدة كما تقدم، قال عبد الملك: فإن لم يقدم إلاَّ واحد فليس له بقدر حصته من حصص أصحابه، لكن نصف ما أخذت إن كان نصيبُه مثل نصيبك، قال ابن القاسم: إذا ساوى نصيب الأول الثاني واقتسما الشفعة نصفيْن فقَدِم ثالث له مثل أحدهما أخذ ثلث ما في أيديهما فيصير لكل واحد ثلث، قال أشهب: ويخيّر في العهدة بين المشتري الأول والشفيع الأول أو هما، وإن شاء أخذ ثلث ما بقي في يد أحدهما وترك ما في يد الآخر، وليس له ها هنا عهدة على المشتري الأول لأنه ليس له أن يأخذ منه بعضاً ويدعَ بعضاً، بل عهدتُه على من أخذ منه إن كان الأول دون الثاني، وإن أخذ من

الثاني خاصة فَلَه العهدة على أي الشفيعين شاء، فإن قدم رابع له مثل أحدهم فله أخذ ربع ما بيد كل واحد، ويخيّر في العهدة بين المشتري الأوّل والآخرين، أو عليه وعلى الثاني، أو على جميعهم، وإن شاء أخذ ربع ما في يد أيهم شاء وترك غيره، ولا عهدة له على المشتري، بل المأخوذ منه إن كان الأول، وإن كان الثاني كتب ذلك على أي الشفيعين الأوليْن شاء، وإن أخذ من الثالث كتب على أي الشفعاء الثلاثة شاء.

فرع

قال: إذا حضر أحدهم فأخذ الجميع وباعه من أجنبي، ثم قدم الشفيع: قال سحنون: له أخذ نصف هذا الشقص من المشتري الأول بنصف الثمن، والنصف الآخر من المشتري من الشفيع بالذي اشتراه به هذا الثاني، قال محمد: فإن كان ذلك في صفقات فللحاضر الأخذ بأيها شاء، فإن قدم ثان شركه فيها وكان أخذ بقية الصفقات أو ما شاء منها، مثل كون الشفعاء ثلاثة، والصفقات ثلاثة فأخذ الحاضر الصفقة وهي ثلث ربع وسلم غيرها، فللمشتري الدخول معه إلاّ بالصفقتين الأوليَين[1]، وذلك ثلثا الربع، وللشفيع ربع كل ما يقسم بينهما، فهذه الصفقة وهي ثلث الربع خمسة أجزاء، فإن قدم فإن سلم للمشتري ما سلم له الأول كان ربع الصفقة للمبتاع، وثلاثة أرباعها من الشفيعين، فإن لم يسلم له الثاني شيئاً فللثاني أخذ الصفقتين الأوليَين وحده، وعهدتهما على المشتري، ثم له الدخول مع الأول في الصفقة الأخرى وهي ثلث الربع، يدخل فيها الثاني بخمسة أثمانها، وللأول ثلاثة أثمانها، لأن الأول له الربع وهو ثلاثة أجزاء، وللثاني الربع وهو ثلاثة، وله ثلث الربع بالصفقتين اللتين أخذهما هو خاصة التي سلمهما الأول، فإن قدم ثالث فله نصف الصفقتين اللتين سلمهما الأول فتصير له أربعة، وللثاني أربعة، وللأول ثلاثة. فيقسمون الربع وهو الصفقة الثالثة على أحد عشر جزءاً، للأول ثلاثة، ولكل واحد من هذين أربعة.

---

(1) في النسخة: الأولتين.

فرع

قال: قال ابن القاسم: ثلاثة بينهم أرض باع أحدهم فلم يعلم الباقيان فلم يقوما بالشفعة ولم يفُت وقتُها حتى باع أحدهما، فالشفعة في مبيع الأول، فلا يبطلها بيعه، فإن ترك البائع الثاني الشفعة مع الشريك الذي لم يبع فالشفعة كلها للثالث المتمسِّك بحظه فيما باع الأول والثاني، فإن سلم ما باع الأول وطلب مبيع الثاني صار المشتري من البائع الأول شفيعاً مع الثالث الذي لم يبع حظه في مبيع الثاني لينزله منزلة بائعه، إذ لم يؤخذ منه بالشفعة فصار شريكاً للبائع الثاني ولصاحبه الذي لم يبع، فباع الثاني حين باع، والمشتري من البائع الأول شريك تجب له الشفعة، وقال (ش): لا يجوز أخذ بعْض الشفعة وإن كانا حصتين من داريْن، وإذا باع ثم باع من المشتري الأول: قال (ش): للشفيع الأخذ بأحد العقدين أو كليهما، وقال (ح): لا يأخذ الصفقتين بل بالأولى ونصف الثانية، لأن الأول صار شريكاً، وإذا باع من رجلين: قال (ش): له الأخذ منهما ومن أحدهما إذ لا تفريق على أحدهما في صفقته، وقال (ح): يجوز ذلك بعدَ القبض ويمنع قبلَه، وإن باع شريكان لرجل فله أخذ نصيبهما ونصيب أحدهما. قاله (ش): لأن العقد في أحد طرفيه عاقِدان، فجاز تفريقُه كتعدد المشتري، وقال (ح): يمتنع لضرر تفريق الصفقة، قال (ش): ومتى سلم أحدهما اخذ الثاني الجميع، ولا يأخذ بقدر حصته، وان حضر أحدهم وغاب غيرُه أخذ الحاضر الجميعَ، ولا تفرق الصفقة، قاله (ش)، فإن عَفَا الحاضر فَعَلَى الغائب إذا قدم أخذ الجميع، قاله (ش)، وقال هو و(ح): إذا كان المشتري شفيعاً وهم ثلاثة اقتسما المبيعَ نصفين قال القاضي[1] في **الإشراف**: أخذ الثلاثة الشركاء من آخر حصته فالمبيع بين الذي لم يبع وشريك المشتري إن طلبت الشفعة على قدر أملاكهما، وقال بعض الشافعية: جميعه

(1) المراد به أبو محمد عبد الوهاب بن نصر البغدادي، وكتابه: (الاشراف على مسائل الخلاف) في جزئين طبع بتونس.

للشريك الثالث، **لنا**: قوله[1] عليه السلام: (**الشريكُ شَفِيعٌ**) وقياساً على ما إذا كان المشتري أجنبياً.

فرع

في **الكتاب**: قال البائع: الثمن مائتان، وقال المشتري: مائة، وقال الشفيع: خمسون أو لم يدَّع شيئاً، فإن لم تفُت الدار بطول الزمان، أو هدم، أو تغير المساكن، أو بيع، أو هبة، أو نحوه، وهي بيد البائع أو المبتاع، صُدق البائع ويترادان بعد التحالف، وليس للشفيع أن يقول: آخذ بالمائتين، ولا يفسخ البيع لأنه لا شُفعة حتى يتم البيع فتصير العهدة على المبتاع، وها هنا على البائع، وإن تغيرت بما تقدم وهي في يد البائع صُدق مع يمينه، وأخذها الشفيع بذلك، في **التنبيهات**: قوله: يصدق البائع، يريد: ويتحالفان ويتفاسخان، وقوله: بطول زمان، قال بعضهم: يدل على أن حوالة الأسواق في البيع فوت في اختلاف المتبايعْين، كما قال في كتاب محمد، خلاف قوله في **المدونة** وقد يقال: إن المراد طولٌ تتغير في مثله الدار وتنهدم لضعف بنائها، وتخصيصه بتغييرها بيد المشتري، قالوا: لو تغيرت بيد البائع تحالفا وتفاسخا، قال أبو محمد: ولو تغيرت بيد البائع تحالفا وتفاسخا، قال أبو محمد: ولو تغيرت بيد البائع بهدم أو بناء نظر إلى قيمة الدار مبنية ومهدومة، ولا ينقص من المشتري، ويتحالفان ويتفاسخان، ويغرم المشتري للبائع النقصَ من الثمن الذي أقربه، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر لزمه ما حلف عليه صاحبه.

فرع

في **الكتاب**: لا شفعة في هبة الثواب إلاّ بعد العوض حتى يتحقق البيع، قال اللخمي: فَاتَتْ الشفعة أم لا، وتجب قبل الثواب وقبل الفَوت لأن الموهوب بالخيار بين التمسك والرد، واختلف في الشفعة بعد الفوت وقبل الثواب: نفاها ابن القاسم حتى يثبت أو يقضي بها عليه ويغرم، قال أشهب: إذا فات الشقص

(1) تقدم تخريجه.

وجبت الشفعة بالقيمة، والشفعة إذا أثاب قبل الفوت بمثل الثواب إن كان عيناً أو مكيلاً أو موزوناً قَل أو كثُر، وإن كان عرضاً فبقيمته، فإن أثاب بعد الفوت فبمثله عند ابن القاسم إن كان عيناً، أو بمثل قيمته إن كان عَرضاً قلَّت القيمةُ أو كثرت إن كانت الهبة قائمة، قال أشهب: بالأقل من قيمته أو قيمة الهبة لأن الفوت عنده من العين، ولا يجبر الواهب على قبول العوض، فإن كانت قيمة الشقص أقل لم يكن عليه غيرها، أو العرض أقل لم يكن عليه غيره، كمن دَفَع عَرضاً عن دَيْن فيه هضم من الديْن، فإنه لا يبيعه مرابحةً بذلك الديْن قال: والقياس: الأخذ بالأكثر من قيمة الهبة، أو قيمة الثواب، فإن كانت قيمةُ الثواب أكثر، قال: هو الذي كان يرجو مني ولمثل هذا وهب، أو القيمة أقل قال: إنما أخذ ذلك بدَينه عليَّ وهي القيمة، ولولا ذلك لاستوفيت منه القيمة عيناً إلاَّ أن يعلم أن الموهوب له مالك، وإن أخذ ذلك على وجه التخليص منه أو يرى أن قيمتَه أقل بالشيء الكثير مثل أن تكون قيمتها مائة، وقيمة الثواب عشرين، فاختلف هل يشفع بعشرين أو تسْقط الشفعة؟ ويغلب حكم الهبة بغير عوض كالموصي بشقص أن يباع من فلان بعشرين وقيمته مائة، وعكسه أن يهبه عبداً ويثيب شِقصاً، فإن كان الثواب قبل فوت العبد أخذ بقيمة الشقص، وعلى قول أشهب بالأقل، والقياس بالأكثر كما تقدم.

فرع

في **الكتاب**: إذا وضع البائع عن المشتري من الثمن بعد أخذ الشفيع أو قبل، فإن صلح ما بقي ثمناً يتغابن بمثله وضع ذلك عن الشفيع، لأن ما اظهر أولاً كان لقطع الشفعة وإلاَّ لم يُحُطّ وهو هبة للمشتري، وقال في موضع آخر: إن حطّ عن المبتاع ما يشبه حطّ البيع وُضع عن الشفيع، وإلاّ فلا. في **النكت**: قوله قال في موضع: ليس اختلافاً، قال التونسي: جعله مثل ما إذا أشركه لا يلزمه أن يحط عن شريكه ما حطّ البائع عنه مما يشبه أن يحطّ في البيع، بخلاف بيع المرابحة والتولية، ولعله فهم في الشريك أنه أراد أن يجعله محله، وإلاّ فما الفرق؟ إلاّ أن يرى أن ذلك

في الشركة موجب الحكم، رضي الشمتري أم لا، كأهل سوق حضروا فاشترى واحد منهم سلعة من سلع السُّوق فإنهم كلهم شركاء فيها، قال ابن يونس: قال محمد: القياس: أن ما وضع من قليل أو كثير وضع عن الشفيع، كما لو باعه ابتداء بما لا يباع بمثله على التكايُس صلةً ومعروفاً: فالشفيع أولى بذلك، وقاله (ح)، وقال (ش): لا يوضع عن الشفيع شيء، لأنه بَيع جديد لأن المقصود نفي الضرر عن الشفيع بدَفع الشركة، وعن المشتري بأن لا يغرم شيئاً لقوله عليه السلام: وهو أحَق بالثمن، فإذا حطّ علمنا ان الذي بذله ليس ثمناً، أما إذا كان لا يشبه عَلمنا أن الحطيطة هبة، قال ابن القاسم: إن حَابَى في مرضه فالمحاباة في ثلثه، ويؤخذ بذلك الثمن، وكذلك الصحيح إلاَّ أن لا يصلح لقلته ثمناً فلا شفعة صحيحاً أو مريضاً.

فرع

في **الكتاب**: إذا قاسم المشتري فللشفيع الغائب نقض القسمة كما له نقضُ البيع، ولو بنى بعد القَسم مسجداً هدَمه وأخذه لتقدم حقه، وكذلك لو وهب أو تصدق به والثمن للموهوب له أو المتصدق عليه، لأن الواهب عَلِم العاقبة فهو واهب للثمن. وفي **النكت**: إنما قال: ينقض القَسم إذا وقع بغير حاكِم، أما مع الحكم فهو ماض، ويأخذ الشفيع ما وقَع له في القَسم، قال ابن يونس: قال سحنون: ليس لَهُ رد القَسم ويأخذ الشفيع ما وقع للمبتاع خلافاً لابن القاسم، وقوله: كأنه وهب الثمن، هو بخلاف الإستحقاق، وقال أشهب: الثمن للواهب والمتصدِّق كالإستحقاق، واختاره محمد وسحنون، لأن عليه يكتب العهدة، ولو جعلته للموهوب لكانت العهدة عليه.

فرع

في **الكتاب**: إذا تكررت البياعات أخذ بأي صفقة شاء ونقض ما بعدها لتقدم أخذِهِ عليها، وإن أخذ بالأخيرة ثبتت البياعات كلها، وكذلك إن بيع على المشتري في ديْن في حياته أو بعد مَوته، قال ابن يونس: إن أخذ من الأول كتب العهدة عليه

ودفع من الثمن للثالث ما اشتراه به، لأن له المنع من التسْليم حتى يقبض ما دفع، فإن فضل شيء فللأول، وإن فضل للثالث شيء من صفقته رَجَع به على الثاني، وله حبسُه حتى يدفع إليه بقيمة ثمنه، ثم يرجع الثاني على الأول بتمام ما اشترى به الشقص منه، وإن أخذها من الثاني كتب العهدة عليه، ويدفع من ثمن الشقص إلى الثالث ما اشتراه به، وإن كان فضل فللثاني، وإن فضل للثالث مما اشتراه به شيء رَجَع به على الثاني، ولا تراجع بين الأول والثاني لتمام بيعهما، وإن أخذ من الثالث فالعهدة عليه، وتقرر ما قبله في **شرح الجلاب** إذا بيع مراراً وهو حاضر عالم وَلم يقُم حتى يرد البيع سَقَطت شفعته في البياعات كلها إلاَّ مِن آخر بيع، أو حاضر غير عالم أو غائب خير فيها، قال اللخمي: فإن كان العقدان بيعاً ونكاحاً، وتقدم البيع: خُير بين الأخذ من الزَّوج بالثمن، ويرجع الزوج على الزوجة بقيمة الشقص، ولا يفسخ النكاح، أو يأخذ من المرأة بقيمة الشقص وتكتب العهدة عليها، وإن تقدم النكاح وباعت المرأة أخذ من الزوجة بقيمة الشقص ويفسخ البيع، أو من المشتري بالثمن وتكتب العهدة عليه، وإن كان نكاح ثم خلع أخذ من المرأة بقيمته يوم النكاح، ويرجع الزوج عليها بقيمته يومَ النكاح، ويرجع الزوج على الزوجة بقيمة الشقص ولا يفسخ، أو يأخذ من المرأة بقيمته الشقص ويكتب العهدة عليها، وإن تقدم النكاح وباعت المرأة أخذ من الزوجة بقيمة الشقص، ويفسخ البيع، أو من المشتري بالثمن ويكتب العهدة عليه، وإن كان نكاح ثم خلع، أخذ من المرأة بقيمته يوم النكاح ويرجع الزوج عليها بقيمته يوم الخلع، وإن كان بيع ثم هبة أخذ من المشتري، واختلف لمن يكون الثمن: فَعِند ابن القاسم: للموهوب.

فرع مرتب

قال صاحب **النوادر**: في **المجموعة**: إذا اشترى شقصاً بمائة، ثم باع نصفه بمائة: فللشفيع أخذ الشقص كله من الذي اشتراه أولاً بمائة، أو أخذ نصفه من الثاني بمائة ونصفه من الأول بخمسين.

فرع

قال: قال أشهب: لو قال الشفيع: أنا آخذ بالصفقة الأولى وأجيز بيع الثاني وآخذ الثمن: امتنع، لأنه ربح ما لم يضمن إلاَّ أن يكون الشفيع أوجبها على نفسه قبل بيع الأول وأشهد، فيُخير في البيع الثاني في إجازته وأخذ الثمن وفسخه وأخذ الشقص، ولا له دفع ما اشتراه الأول به إليه إلاَّ ما فضل عمّا أبرأه الآخر اختار الشقص أو الثمن، ولا له الأخذ بالآخر إن أخذ بالأول.

فرع

في **الكتاب**: إذا زاد المبتاع البائع في الثمن فنقدَ الثمن فالأخذ بالثمن الأول لأنه بيع تعين، قال ابن يونس: قال أشهب: للمبتاع الرجوع على البائع بما زاد بعد أن يحلف: ما زاده إلاَّ حذاراً من الشفعة وإلاَّ فلا رجوع له، وقال عبد الملك: كذلك في الوضيعة، وأما في زيادة المشتري للبائع: فقال عبد الملك: هي للشفيع فإن شاء أخذ بما زاد أو سلم، ولا يتهم المشتري أن يزيد لإصلاح البيع، قال اللخمي: لا أعلم لقول عبد الملك وجهاً لأن المشتري في مندُوحةٍ عن تلك الزيادة، وقد استحق الشفيع الأخذ بالثمن الأول إلاَّ أن يعلم أنه لو لم يزده لادَّعي عليه ما يفاسخه به البيع.

فرع

في **الكتاب**: إذا أقال المشتري: للشفيع نقض الإقالة والأخذ، وليس له الأخذ بعُهدة الإقالة، والإقالة بيع حادث في كل شيء إلاَّ ها هنا. في **التنبيهات**: قال ابن دينار: إذا ثبت الإقالة للشفيع الأخذ من المشتري بعهدة البيع، ومن البائع بعهدة الإقالة لأنهما يتهمان على حلّ البيع لإبطال الشفعة، وفي **النكت**: قال محمد: إنما لم يجعل مالك الإقالة في الشفعة بيعاً لإتهامِهِما في نقض البيع فراراً من الشفعة، فجعل الشفعة في البيع الأول الثابت، وترَك الإقالة للشكِّ، قال أشهب: سواء كان البائع المستقيل أو المشتري، ولو سلم الشفيع الشفعة ثم استقال المشتري فأقاله

البائع: قال محمد: للشفيع الأخذ من البائع لانقطاع التهمة عنه، فتكون الإقالة بيعاً كما لو ولاه غيره، للشفيع الشفعة على من شاء منهما، قال أشهب: القياس: إذا استقال البائع المشتري فأقاله بغير زيادة ولا نقصان في الثمن من قبل تسليم الشفيع الشفعة: أن للشفيع الأخذ ممن شاء منهما، ولكن الإستحسان فيه: أن لا يكون له الأخذ إلاَّ من المشتري لأنه يترك فراراً، وأما الإقالة بزيادة أو نقصان فله الأخذ من أيهما شاء لأنهما بيعان لتغير الثمن، قال أشهب: ولو قيل: يأخذ في الإقالة بلا زيادة ولا نقصان صح، قال ابن يونس: قال عبد الملك: إن رأى أن الإقالة لقطع الشفعة أخذ بعهدة الشراء، أو رأى أن الإقالة لوجه الصحة فهو بيع حادث يأخذ بأيهما شاء، ولمالك في بطلان الإقالة والعهدة على المشتري، أو تصح ويخيَّر فيهما، قولان، وفي **الجَلاب**: إذا استقال المشتري لا تُسقِط الإقالةُ الشفعةَ، وهل عهدته على المشتري والإقالة باطلة، أو يُخيّر بين البائع والمشتري؟ روايتان، قال شارحُ **الجلاب**: لأن العقد أثبت حقه على المشتري، فالإقالة بعد ذلك لا تؤثر، وليس له الأخذ بعهدة الإقالة لأنها ليست بيعاً ها هنا لاتهام المشتري في الهروب من العهدة، قال الأبهري: معنى هذه المسألة: إذا قصد بالإقالة قطعَ الشفعة فالإقالة باطلة، ويأخذ من المشتري والعهدة عليه، وأما إن لم يُرد بها ذلك صَحّت وأخذ إمّا بالصفقة الأولى والعهدة على المشتري أو بالثانية والعهدة على البائع، لأنه صار مشترياً، فإن سلم الشفيع شفعتَه صحتْ الإقالة، وتردد الروايتينَ على صحة الإقالة وعدمها، ويأخذ في الشركة وَالتولية كما يأخذ في ابتداء البيع.

نظائر: قال أبو عِمران: الإقالة بيع إلاّ في ثلاث مسائل: في الشفعة، والمرابحة، والإقالة في الطعام.

فرع

في **الكتاب**: إذا لم يُحضر الشفيع الثمنَ انتظر إلى ثلاثة أيام، قال التونسي: اختلف في تأخير المشتري، فظاهر **المدونة** لا يؤخر في النقد، وعنه: يؤخر إلى الثلاث، وإذا تلوم في النقد فلم يأت: قال أشهب: يباع الشقص وغيره في الثمن،

وقيل: يرجع إلى ربه، والأشبه تخيير المأخوذ منه إن شاء آخره على أخذ الثمن منه لأنه قد اشترى منه فهو مطلوب بالثمن، وإن شاء لم يرضَ بالبيع منه، وإنما لَه الأخذ بالشفعة بشرط مجيئه بالثمن في هذه المدة، وهي مدة التلوم ثلاثاً، قال ابن يونس: قال محمد: إنما يؤخر إلى الثلاث إذا أخذ، أما إذا وقفه الإمام: فقال: أخروني لأنظر في ذلك، فلا، بل يأخذ شفعته في مقامه، وإلاَّ فلا شفعةُ له، وقال مالك: يؤخره الإمامُ إلى الثلاث ليستشير وينظر، قال محمد: وإن وقفه غير الإمام فذلك بيده حتى يوقفه الإمام، وإذا أخذ وآخر بالثمن فمضت الثلاث ولم يأت بالثمن فالمشتري أحق لعجز الشفيع، وإن أخذ أو آخر ليأتي بالثمن، ثم يبدو له ويأبى المشتري أن يقبله لزمه الأخذ، وإن لم يكن له مال بِيع عليه مَا شفع فيه، وحصته الأصلية، حتى يوفي المشتري إلاَّ أن يرضى المشتري بالإقالة، قال اللخمي: للمشتري القيام على الشفيع فيأخذ أو يترك، وإلاَّ رفعه إلى السلطان فألزمه مثل ذلك، واختلف إذا كان الثمن مؤجلاً قيل: كالأول، وقيل: يُمهَل إلى الثلاث، قاله مالك، وعنه إلى العشرة، وعن أُصبغ: الخمسة عشر إلى العشرين بقدر الشقص وما يحتاج من جمع المال، والشهر إنْ رأى ذلك الحاكم، وإذا أخذ ولم يأت بالمال خُيِّر المشتري بين إمضاء الأخذ وَيباع ذلك الشقص وغيره في الثمن، أو يرد، وكذلك إن شرط عليه الثمن لذلك الأجل ولم يزده عليه، أما إن شرط عليه: إن لم يُحضره فَلا شُفعة فعَجَز وسَلم لَم يكن للمشتري أن يسلمه ليباع عليه في الثمن لسقوط الحق عنه بالتسليم، وفي **الجواهر:** لو طَلَب المهلة ليتروَّى، ففي وجوب إسعافه لذلك خلاف، ويملك الشفيع تسليم الثمن وإن لم يرضَ المشتري، ويقضي له القاضي بالشفعة عند الطلب، وبمجرد الإشهاد على الأخذ، وبقوله: أخذت وتملكت، ثم تلزمه إن علم بقدر الثمن، وإلاَّ لم يلزمه، وفي **النوادر:** أجمع مالك وأصحابه أن عهدة الشفيع على المشتري، قال أشهب: وإليه يُدفع الثمن إن كان المبتاع قد دفعه للبائع، وعلى المشتري قبضُ الشقص، فإن كان المشتري حاضراً ولم يدفع الثمن دَفَع الشفيع الثمن للبائع، وعلى المشتري قبض الشقص للشفيع، وإن شاء الشفيع قبضه من البائع، والعهدة في ذلك كله على المبتاع، فإن غاب المبتاع

قبل ان ينقدَ فمنع البائع الشقص لأجل الثمن: قال ابن القاسم: ينظر السلطان، وقال أشهب: إن عُرفت غيبته كتب إليه أن يقدم ليكتب عليه العهدة، وإن بعدت قضى للشفيع بشفعته، وللبائع بقبض الثمن منه إن لم يكن قبضه، وإن كان البائع قد قبضه أخذه الإمام من الشفيع فوقفه للمبتاع، وكتب عليه العهدة، فإن قدم أشهد بذلك على نفسه، فإن مات فالعهدة على تركته، قال ابن حبيب: وإذا حُكم على المبتاع بالشفعة فأَبى من أخذ الثمن فأَرى أن يحكم لَهُ بها، وتكتب العهدة على المبتاع، ويأخذ الثمن فيوفقه له، وقد بَرِىء منه الشفيع، وفي **الموازية**: إن قبض المبتاع الشقص وسَكَنه، ثم مات وقام غُرَماؤه وقامَ البائع بالثمن وقام الشفيع: فالبائع أحق بالثمن من غرَماء المشتري، قال محمد: وإنما ينبغي أن يكون هذا في الفَلَس لا في الموت، قال محمد: ولو فلس المبتاع فالشفيع أحَق بالشقص ويدفع الثمن للبائع لثبوت حقه بالعقد.

فرع

في **شرح الجلاب**: إذا اشتري حظ ثلاثة رجال في ثلاث صفقات فَلِلشفيع أخذ ذلك بأي صفقة شاء، فإن أخذ بالأولى لم يكن للمشتري الأول شفعة، لعدم بقاء شركته، أو بالثانية فالأول في الثانية وما بعدها بقدر حصته فيما اشتراه، أو بالثالثةِ اسْتشفع بالأولى والثانية، فإن كانت الصفقةُ واحدة فليس له أخذ بعضهما لتضرر المشتري بتفريق الصفقة.

فرع

في **الكتاب**: إذا أخذ ولم يقبض حتى انهدمت فالضمان من الشفيع لانتقال الملك.

فرع

في **الكتاب**: لا يضمن المبتاع للشفيع ما حدث عنه من هدم أو حرق أو غرق أو ما غار من بئر أو عين، ولا يحُط الشفيع لذلك شيئاً من الثمن ليلاً تتفرق

الصفقة، ولا ضرر عليه لأنهُ يخيِّر: إمَّا يأخذ بجميع الثمن أو يترك، وكذلك لو هدم المبتاع البناء ليبنيه أو يوسع فيه: فإمّا أَخَذه مَهْدُوماً مع نقضه بالثمن أو يترك ليلاً يتضرر المبتاع بغير عوض يَحصُل له، ولو هدم ثم بَنَى يأخذ الشفيع بالثمن وقيمة ما عمر، وإلاّ فلا يقام الضرر، ولو هدمها وباع النقض، ثم استحق رجل نصفها وقد فات النقض عند مبتاعه، فإن لم يجز المستحق البيع في نضيبه أخذ نصفها ونصف ثمن النقض بالاستحقاق، وله بقيتها بالشفعة، فإن أخذه قسم ثمن نصف الدار على قيمة نصف الأرض، وقيمة نصف النقض يوم الصفقة، ثم أخذ نصف الأرض بما ينوبه ولا ينظر إلى ثمن ما باع منه، وأمّا ما قابل ذلك من النقض فلا شفعة فيه لفواته، وثمنُه للمبتاع، ولو وجد المستحق النقض لم يُبع أو بِيع وهو حاضر لم يفت، فله نصفه مع نِصف العَرصة بالإستحقاق، وباقيها بالشفعة، ولا يضمن المبتاع، في الوجهين هدمه، وإن امتنع من أخذ ما يسْتحق من الدار مهدوماً فله الرجوع على البائع بالثمن الذي باع به حصته، ولو هدم الدار أجنبي وأتلف النقض فلم يقم المبتاع حتى قيام المستحق واستشفع فَلَه الشفعة فيما بقي بحصته بالتقديم، ثم يُفَض الثمن على قيمة ما هدم وما بقي فيأخذه بحصته، ثم يتبع المشتري الهادم بنصف قيمة ما هدم، ويتبعه المستحق بمثل ذلك، ولو ترك المبتاع للهادم قيمة ما هدم، فللمستحق طلبُ الهادم بنصف قيمة ذلك من النصف المستحَق، وتسقط عنه حصة المبتاع، وإن كان الهادم عديماً اتبعه المستحِق دون المبتاع، ولا ضمان على الموهوب في الدار الموهوبة كالمشتري، ولو وهب الدار مبتاعها، ثم استحق نصفها أخذ باقيها بالشفعة، وثمن النصف المسْتشفع للواهب، بخلاف من وهب شقصاً ابتاعه وهو يعلم أن له شفيعاً قيمته. للموهوب إذا أخذه الشفيع، ومن وهب أمة ثم استُحقت بحرية أو أنها مسروقة، فما رجع به من ثمنها فللواهب دون الموهوب، قال التونسي: إذا باع النقض وكان قائماً فأحسن الأقوال أنه لا شفعة إلاّ بأن ينقض بيع النقض ويأخذه، إذ هو قادر على ذلك، وليس له أخذ العرصة بما ينوبها من الثمن مع وجود النقض، فإن رضي المشتري بذلك: قيل: لا يجوز لأنه أخذ العرصة بثمن مَجهول لمَّا كان قادراً على أخذ النقض، فإن عرف

ما ينوب النقض من الثمن وما ينوب العَرصَة، قيل: لا يلزم ذلك البائع للنقض لأنه إنما رضي ببيع يرخص لبقاء الأصل، فإذا أخذ فلا ترضي[1] بثمن النقض فالقول له، فإن رضي البائع للنقض بذلك قيل: ذلك جائز وهو بيّن، لأنه كمن راضاه على أخذ بعض ما له من الشفعة ويسَلم بعضها، فأما لو أجاز المستحق بيع نصيبه من النقض في نصيبه الذي استحقه، وأخذ النصف الآخر مع نصف العرصة بالشفعة دون الأنقاض يخيّر المشتري في النصف لمستحق من النقض، فإن قيل: لم جعلتُم له الخيار وهو لو استحق عليه نصف النقض لم يكن لَهُ خيار؟ قلنا: لأن المستحق هَا هُنا لنصف النقض قادر على إجازة جملة المستحق، وَالمأخوذ بالشفعة إذا أخذ فليس له أخذ النقض كمن اشترى جملة سلعة بالصفة، ليس له إمضاء بعضها دون البعض إلاّ قول[2] لأصبغ، فإن فات النقض في يد المشتري فله نصف ثمنه في النصف المستحَق ويفض الثمن على قيمة القاعة يوم البيع، وعلى النقض منقوضاً، ويحطّ من ذلك ما قابل النقض في نصف الشفعة، ويأخذ القاعة بما ينوبها وجعلت ذلك كسلعة جمعت مع النقض فتمضى بما ينوبها من الثمن، قال محمد: إنما يحسب الأقل مما أخذ من ثمن النقض، أو ما ينوب ذلك من الثمن، وفيه نظر، لأنه جعل المشتري إذا باع النقض بأقل ممّا ينوبه من الثمن منقوضاً كما إذا نقض عنده، فلَما لم يحاسب بها إذا هلكت وكذلك إذا أخذ فيها من الثمن مثل نصف قيمتها قبل، وَكَان يجب إن باعه بأكثرَ ممّا ينوبه من الثمن أن يَحط ذلك عن الشفيع أيضاً، لأنه إذا لم يخسر لم يربح، وإنما ضمّنه بن القاسم بقدر ما ينوبه من النقض، لأنه لو وهب النقض عنده فانتفع به المَوهوب وأفاته فض الثمن، ولم يكن ذلك مثل هلاكها عنده، لأن هلاكها عند الموهوب بأمر من الله تعالى، ورأى أشهب أن ثمن الأنقاض يؤخذ بالشفعة لما كانت في حكم المبيع، وأنها لو هلكت بأمر من الله تعالى لأخذ الشفيع الثمن، وكذلك لو بناها بنقضها لكان عليه في النصف

---

(1) كذا.

(2) في النسخة: الأ قوله.

المستشفع قيمة البناء قائماً، وحطّ عنه قدر ما ينوب النقض من العَرصَة يومَ البيع، وأما في النصف المستحق فَلَه قيمةُ البناء قائماً، وعليه نصف قيمة النقض يوم بنائه، لأن ذلك اليوم أفاته، وإذا هدم الدار فبناها بنقضها فجاء مستحق لنصفها أخذ منه نصفَ قيمة النقض المستحق يوم بنائه، وقيل له: إدفع قيمة نصف البناء قائماً فإن امتنع: قيل للمشتري: إدفع إليه قيمة القاعة، فإن فعل فأراد أن يأخذ النصف الثاني بالشفعة فض الثمن على قيمة النقض منقوضاً وقيمة العَرصة يوم البيع، يأخذ بذلك وبقيمة نصف البناء قائماً على مذهب من رأى أنه إذا باع فإنه يستشفع، ولا تسقط شفعته، وأما من قال: إذا باع الشقص الذي يستشفع بعد وجوب الشفعة سقطت شفعته له ها هنا، وإذا جَنَى على الدار رجل فهدمها، ثم لم يؤخذ، وجاء الشفيع فما قابل نصفه من ذلك اتّبع به الهادم، وما قابل النصف المستشفع: فذكر في كتاب **محمد**: أن الشفيع إذا أخذ فض الثمن على قيمة النقض منقوضاً، وعلى قيمة العرصة، فيأخذ ذلك الشفيع بما ينوبه من ذلك، ويتبع به المشتري الهادم بقيمة ذلك، فانها كالبيع سواء، ولا يشبه ذلك بالبيع، لأن البائع إنما باع مهدوماً، وما أحدث هو من الهدم لاَ يضمنه فلم يحسب عليه، فالجاني ها هنا متعدٍّ في الهدم، وهو يتبع بما هدم قائماً فكيف يربح المشتري؟ وأما محمد: فجعل الشفيع يأخذ بجميع الثمن إذا لم يقدر على الأخذ من الهادم وهو أبين لأنه إذا لم يقدر على الأخذ منه لم ينتفع المشتري بشيء، فاشبه الهدم من السماء، والبناء يُفيت البيع الفاسد، فإن فات النقض عند المشتري أخذ الشفيع بالقيمة، فإن لم يعلم وأخذه بالبيع الفاسد رد ذلك إلاَّ أن يفوت عند الشفيع، ويكون عليه الأقل من قيمته يومَ قبضه هو، أو القيمة التي وجبت على المشتري لأنه لا يقدر على رده لفواته عنده، فإن قال: فإني لا آخذ بالشفعة رد قيمة ما قبض، وإن أخذ بالشفعة أخذ بمثل القيمة التي وجبت على المشتري، ولو كان أخذ الشقص بالشفعة قبل فواته لرد إن لم يفت عنده، فإن فات عنده فعليه الأقل كما تقدم، فإن كان الأول اشترى بمائة على أن أسلف عشرة وأخذه الشفيع بمائة فله رده، وإذا ردّه انفسخ الأول، وكذلك إن اشترى سلعة بمائة على أن أسلف عشرةً الشفيعَ وقال: اشتريتها بمائة فباعها على

ذلك، فإن رضي المشتري بالمائة أخذها وإلاَّ رَدَّها، فإن فاتت فعليه قيمتُها ما لم تزد على المائة أو تنقص عن التسعين، وقيل: تُقَوم العشرة السَّلف فإن كان قيمتها خمسة: كان ثمنها خمسة وتسعين، فلا ينقض من ذلك ولا يُزَاد على المائة، وهذا البيع الثاني ليس ببيع فاسد، بل بيع تدليس كالكذب في المرابحة، وتقويم السلف أوجه لأنه متى لم يقَوِّم السلف وكانت قيمتُها تسعين أضر ذلك بالمشتري، لأنه يقول: أخرجت مائة، وإنما دفع إليَّ عشرة لأردها، فأنا لي فيها الإنتفاع، فهو الذي يحطّ من المائة، وإذا تمسَّك بها المشتري كان ذلك فوتاً للبيع الفاسد لصحة العقد الثاني، كمن اشترى شراء فاسداً فباع ودلَّس بعيب فرضي المشتري بالعيب، وإذا اشترى شِقصاً بعبد فأُخذ الشفيع بقيمة العبد ثم استُحق رَجَع بائع الشقص على مشتريه بقيمة شقصه، فكان ثمن شقصه ستين فلا تراجع بينهم عند ابن القاسم، لأن أخذ الشفيع تفويت، وقد مضى الحكم بأخذه بالقيمة، وكذلك لو كان قيمة الشقص أربعين، وقال عبد الملك: إن كانت قيمة الشقص ستين: فالآخِذ مخيَّر إن شاء أدى عشرة تمام قيمة الشقص أو يرد الشقص فيرجع إلى بائعه، وإن كانت قيمتُه أربعين اسْترجع عشرة، لأنه قد كشف الغيب أن قيمتَه هو ثمنه فيه، وأما حنطة بعينها فاستحقت قبل أخذ الشفيع انتَقض البيع، ولا شفعة، وهو الأشهر، وفي **كتاب محمد**: يؤتى بمثل الطعام، وفي **المدونة**: لم يُرد وغرَم مثل طعامه، وقال محمد: يغرم مشتري الشقص، وتأول بعض الناس أن الشفيع هو الذي يغرم مثل الطعام، فإن بايَعَ الشقص بمثل الطعام، بخلاف استحقاق الطعام قبل أخذ الشفيع، وكأنه يرى أنه لما فات بالأخذ وكان لا بدّ من إتمام البيع فيه كان غرم مثل الطعام أهونَ غُرْم قيمته ، وفي هـذا نظر، لأن الطعام لا يخلُو أن يكون لا يراد بعينه فيشبه الذهب فيؤتى بمثله قبل أخذ الشفيع أو بعده، وفي **النوادر**: لو تصرّف المبتاع في رقيق الحائط ووهبهم فهو كالبيع، يأخذ الحائط بحصته من الثمن، وأما في الموت إمّا أن يأخذ بجميع الثمن أو يدع، قاله ابن القاسم، قال أشهب: ولو اشترى أشقاصاً فانهدم بعضُها فلا يأخذ إلاَّ الجميعَ بجميع الثمن أو يترك، انهدم أو هدمه المشتري، ولو باع المبتاع حصته من رقيق الحائط وآلتِه ليس

للشفيع تسليمُ بيع الرقيق وآلاته وأخذ الشقص من الحائط، لأنه بيع بثمن مجهول إلاَّ أن يفوت ذلك الرقيق، وكذلك النقض مع العَرصة، ولو باع المبتاع الشقصَ بأقلَّ من ثمنه: فقال الشفيع: أسلم بيع النقض وآخذه من مبتاعه بالشفعة، امتنع، لأن تسليم بيع النقض يصيره شريكاً لمبتاع النقض في نقض مُفْرد، ولا شفعة في النقض المفرَد، قال ابن عبدوس وغيره: إذا اشترى نصيبك من ثمرة فلم يأت الشفيع حتى فاتت فلا شفعة، وباع منها يسيراً بخمسة دراهم أو نحوها فالشفيع أحق بما ادرك منها، وفي **الجواهر**: لا يحطّ الشفيعُ لأجل هدمٍ شيئاً، وكذلك لو سَكَن حتى تهدم البناء.

تمهيد: تتصوّر هذه المسألة وإن كان التصرفُ بِغير علم الشفيع غصباً[1] وإنما ينى ويغرس بعد القَسَم، وحِينئذ لا شفعة، وقد صورها في صور وقعت فيها القسمة بعد الشراء من غير إسقاط شفعة، منها[2] أن يكون الشفيع غائباً فيطلب المشتري القسمةَ فيقاسمه القاضي على الغائب، أو يكون المشتري كَذَب في الثمن فترك الإستشفاع ثم تبين لَهُ فطلب، أو يكون أحد الشريكين غائباً ووكل في مقاسمة شريكه ولم يأخذ بالشفعة، أو يكون الشفيع غائباً وله وكيل حاضر على التصرّف فباع الشريك فلم ير الوكيل الأخذ وقَاسَم، أو يقول: استوهبته لغير ثواب، ثم تبيّن خلافُه.

فرع

في **الكتاب**: إن زرع المشتري الأرض أخذها الشفيع، والزرع للزارع، ويؤدي قيمة الشجر والنخل قائماً مع ثمن الأرض، وإلاَّ فلا شفعة له نفياً للضرر، ولأنه غرس بشبهة، ولا كراء للمستحق في الزرع، إلاَّ أن يكون في إبّان الزراعة فله كراء المثل، وإن استحق نصف الأرض وأشفع فله كراء ما استحق إن قام في الإبّان لبقاء المنفعة ولا كراء لَهُ فيما أشفع، وإن ابتاع أرضاً بزرعها الأخضر

(1) في النسخة: غصب.

(2) في النسخة: فيها.

فاستَحق رجل نصف الأرض وأشفع بطل البيع في النصْف المستحق، وفي نصف الأرض لإنفراده بغير أرض، ويرد البائع نصف الثمن، وله نصف الزرع، وإن أخذ الشفيع نصف الأرض لم يشفع في نصف الزرع، وإن لم يأخذ خيِّر المبتاع بين ردّ ما بقي بيده وأخذ الثمن لذهاب مَا لَه بَالٌ من الصفقة، وبين التمسك بنصف الأرض ونصف الزرع، ويرجع بنصف الثمن لأنه حقه. في **التنبيهات**: قوله: إذا اشترى أرضاً بزرعها أخضر إلى قوله: ولا يشفع في نصف الزرع، هو في أكثر النسخ، قال الأصيلي: ولم يقرأها استحق، وهو قوله: ويرد الزرع كله إلى بائعه، ونظر قيمة الزرع من قيمة الأرض، فإن كان ربع قيمة الثمن فللمستحق أخذ نصف الأرض بالشفعة بربع الثمن ونصف الربع، لأن الزرع إذا بِيعَت الأرض لا يتبعها إلاَّ أن يشترط، فهو غير الأرض، وكذلك قسمت القيمة بين الأرض والزرع، ألا ترى لو بِيعَت الأرض بزرعها صغيراً فاستحقت كلها من غير شفعة فالزرع كله للبائع، والثمن كله للمشتري، .وفي **كتاب محمد**: يرجع الزرع كله للبائع وهو غلط، والصواب: تمسك المشتري بنصف الزرع المقابل لنصف الشفعة، لأنه لم ينقض فيه البيع، لأن الأخذ بالشفعة بيع جديد، وعليه حملوا مذهب **المدونة**، وسحنون يرى أن استحقاق الأرض وفسخ البيع في المستحق منها ويبقى الزرع لصفقة جَمَعَت حَلاَلاً وحَراماً، وكرجل باع أرضاً وزرعُها الذي لم يبدُ صلاحُه من آخرَ في صفقة فإنه يفسد كله، واستدلّ شيوخنا من قوله في الكراء للمستحق في الزراعة: أن مشتري الشقص إذا أكراه لمدة طويلة ثم استشفع: أن الكراء للمكتري إلى مدته، ويخيِّر الشفيع بين الرضا بذلك كعيب حدث أو يترك الشفعة، أفتَى به ابن مغيث وغيره من فقهاء (طليطلة) وأفتَى ابنُ عتاب وغيره من فقهاء (قرطبة) أن له فسخ الكراء، لقوله في الإستحقاق: أن للمستحق فسخ الكراء، ولابن عتاب أيضاً: إن أكرى عالماً بالشفيع فسخ إلاَّ في المدة اليسيرة كالشهر بخلاف الطويلة، إلاَّ أن يكون المكتري زرَع فحتى يحصد، وإن لم يعلم لم يفسخ إلاَّ في المدة الطويلة بخلاف سنة ونحوها، لقوله في كتاب الجُعل في كراء الوصي أرض يتيمه لمدة فتعجل احتلامه، قال صاحب **النكت**: إذا استحق نصف الأرض وأخذ النصف

الآخر بالشفعة: للمشتري أخذ الزرع المقابل للنصيب المستشفع به لعدم نقض العقد فيه، وعهدته على المشتري، وقال محمد: يبطل البيع في الزرع كله ويرد للبائع، والأول أصوب، قال ابن يونس: قال محمد: لا يأخذ مستشفع الأرض إلاَّ بزرعها، ولا النخل إلاَّ بما فيه من الطلع، لأن الشفعة بيع من البيوع، ولا يحلّ بيع الأرض واستثناء ذلك للبائع. وقال أشهب: إذا أراد الأخذ أخذها بما فيها من البذر بثمن الشقص وقيمة الزرع على الرجاء والخوف، وإلاَّ فلا شفعة لَهُ، فإن برز الزرعُ من الأرض فلا شفعة فيه، وقال محمد: بل يأخذها إذا لم يبرز زرعها بالثمن وقيمة ما أنفق في البذر والعلاج، وإن استحق نصف الأرض ونصف الزرع الأخضر فالشفعة فيهما ولا يأخذها بغير زرعها، قال أشهب: وهو كآلة الحائط ورقيقِه، ومن قال خلاف ذلك فهو غير صواب، ورواه عن مالك، ولم يختلف قول ابن القاسم إذا اشترى الأرض بعد بروز الزرع وبعد إبار الثمرة أن الشفعة في الجميع، ولم يختلِف أيضاً قبل البروز والإبَّان أن ذلك لِلشفيع، ويغرم الثمن والنفقة، وإن كره المشتري بقية الصفقة لكثرة ما استحق: قال ابن القاسم: يبدأ بتخيير الشفيع، فإن لم يشفع خُيِّر المشتري، وأشهب يبدأ بتخيير المشتري فإن تَماسَك ففيه الشفعة، وأنكر ابنُ عبدوس قولَ أشهب في الزرع: الشفعةُ كآلة الحائط، وقال بقول ابن القاسم: لا شفعة في الزرع، وفرق بأن الزرع ليس ممّا يقوم[1] الأرض. وفي **النوادر**: قال أصبغ: لو حفر في الدار بئراً فلم يخرج الماء فسرب سِرباً فلم يجد الماء لم يكن على الشفيع في ذلك شيء، وإنما عليه فيما هو زيادة في الدار، قال ابن القاسم وأشهب: إن اشترى وَدِيّاً[2] صِغاراً فقام الشفيع وقد صارت بَوَاسِق[3] فَلَه الشفعة بالثمن. قال محمد: وله الثمرة إن لم تتبيّن وعليه قيمة السقي والعلاج، فإن استغلها سنين فإنما على الشفيع السقي في السنة التي قدم فيها

(1) في النسخة: يقوم. بدون نقط.

(2) الوَدي: صغار الفسيل، الواحدة: ودِية. وسيأتي للمؤلف شرحها.

(3) في النسخة: بواسقا. وهي ممنوعة من الصرف. جمع باسقة، يعني نخلة طويلة.

إن لم تَيبَس ووجبت له شفعته. وقال سحنون: ليس عليه غرْم شيء إلاً الثمن، لأن المنفق أُنفق على مال نفسه، ولا يرجع بشيء مما أنفق مما ليس بقائم في النخل.

نظائر: قال العبدي: تؤخذ الثمرة في خمس مسائل: في الشفعة، والمستحق مع الأرض إلى اليَبس، فإذا يبست فلا يأخذانها، وكذلك إذا تولدت بعد الشراء، وترد في الفاسد، والردّ بالعيب ما لم تطب فإذا طابت فللمبتاع، وتؤخذ في الفلَس ما لم تزايل الأصول.

فرع

في الكتاب: إذا استحق نصف النخل بعد أن أبّرها المبتاع وعمل وفيها بلح أو ثمرة مُزهِية لم تيبس أخذ الأصل بثمرته، وللمبتاع قيمةُ سقية وعلاجه في المستحق، واستشفع وإن لم يستشفع فذلك عليه فيما استحق فقط، فإن أبى أن يغرم فليس له أخذه وليرجع إن شاء بالثمن على البائع، ويجيز البيع، وإن أقام بعد يبس الثمرة أو جِذاذها لم يشفع في الثمرة بل في نصف الأصول بنصف الثمن، ولا يحطّ عنه شيء للثمرة، لأنه لم يكن لها يوم البيع حصة من الثمن، وقيل: إن قام الشفيع وقد أبرت الثمرة[1]. واباه مالك قياساً على العاريةِ بجامع الضرر في الدخول، وإذا ابتاعها مأبورة أو مزهية فاشترطها فله نصفها ونصف ثمرتها بالإستحقاق، وللمبتاع قيمةُ ما سَقَى وعَالَج على المستحِق، وله على البائع بقية الثمن، وللمستحِق الشفعة في النصف الثاني بثمرته ما لم تَيبس، وعليه قيمة العلاج أيضاً، وبعد اليبس لا شفعة له لعدم الضرر، ولاستغنائها عن الأصل بل يأخذ الأصل فقط بالشفعة بحصته من الثمن بقيمته من قيمة الثمرة يومَ الصفقة، لأن الثمرة وقع لها حصة، ومن ابتاع نخلاً لا ثَمر فيها، أو ثمراً أبِّر أم لا، فَفَلَس وفي النخل[2]، ثم حلّ بيعُها فالبائع أحق بالأصل والثمرة ما لم تُجَذ إلاً أن يعطيه الغرماء الثمن بخلاف الشفيع، ومن ابتاع أرضاً بزرعها الأخضر، ثم قام شفيع بعد طيبه

---

(1) كتب هنا بهامش النسخة: سقط الجواب.

(2) كذا.

فإنما له الشفعة في الأرض دون الزرع بحصتها من الثمن بقيمتها[1] من قيمة الزرع على غرَره يومَ الصفقة، لأن له حصة من الثمن في الصفقة، وليس كنخل بِيعت وفيها ثمر لم يؤبر، ثم قام الشفيع يوم اليبس، لاَ شيء له في الثمرة ولا ينقص من الثمن، لأنها لم يكن لها حصة في العقد، ولأن النخل إذا بيعت وفيها طَلع لم يؤبر فاستثناه البائع امتنع استثناؤه، والأرض إذا بيعت بزرع لم يبدُ صلاحُهُ فهو للبائع فافترقا، ولو كانت الثمرة يومَ البيع مأبُورة وقام بعد يبسها لسقط عنه حصتها من الثمن، فظهور الزرع من الأرض كإبار الثمرة في هذا وفي أن ذلك للبائع إلاَّ أن يشترطه المبتاع فيصير له بالإشتراط حصةٌ من الثمن، ولم يكن للشفيع في الزرع شفعة، لأنه غير ولادة، وَالثمرُ ولادة، فيشفع فيها قبل اليبس. في **التنبيهات**: قوله: إذا اشترى النخل في رؤسها ثمر أزهى أشفع فيها الشفيع إن أدركها، قال: وبعضُهم فرق بينهما إذا اشتراها مع الأصل فقال: يأخذها ما لم تُجَذ، فإذا اشتراها بغير أصل أشفع فيها ما لم تيبس، وعلى هذا تأول مذهبه في **الكتاب**، وقال آخرون: اختلاف من قوله في الوجهين، فمرة يقول في الوجهين: حتى تيبس، ومرة يقول: حتى تجذ، وظاهرُ اختصارِ ابن أبي زَمَنين وابن أبي زيد وغيرهم التسويةُ بين هذه الوجوه، وأن الشفعة فيها ما لم تيبس، لكن ابن ابي زَمَنين قال: وفي بعض الروايات: فإن كان بعد يبس الثمرة وجذاذها، فنبَّه على الخلاف في الرواية بما ذكره لا غير.

فائدة: قال صاحب **التنبيهات**: الوَدِي بكسر الدال المهملة وهي الصغار التي تنقل وتغرس[2]، باعها وقد أبرت فأكله المشتري الثاني ثم أتى المستحق فاستحق نصف الأصول فإن الثمرة ها هنا ينبغي أن تكون للمستحق ولا تكون للأول ولا للثاني، لأن الأول لم تصر غلة عنده، ولأن الثاني لم تتكوّن عنده، ولا يصح أن يعطاها بحصتها من الثمن فتصير كَبَيْع لها قبلَ بدُوّ صلاحها، ولا يصح أن يأخذها

(1) كذا ولعلّها: فقيمتها.

(2) كذا، ولعلّه سقط من هنا شيء.

ويرجع بالثمن فيصير أُخذ الثمن والثمرة، وإذا لم يأخذها أخذها المستحق في المواضع التي يغرم المستحق السقي والعلاج، وإن كان البائع من هذا المشتري قد تقدم له سقيٌ وعلاج، غرَم ذلك لهما جميعاً إذا لم يكن البائع من هذا المشتري غَاصِباً.

فرع

في **الكتاب**: إذا أَقَر أنه اشترى من فلان الغائب لا يأخذ بالشفعة إلاَّ ببينة على الشراء، لأن الغائب قد ينكر فيأخذ داره ويرجع على المشتري بالأجرة إلا أن يقضي قاض بإقراره فيبطل حقه في الغَلة.

فرع

في **الكتاب**: تجوز شهادة النساء في الوكالة على الأَمْوال بخلاف الوكالة على الأبدان، وتجوز شهادتهن على الأخذ بالشفعة أو تسليمها أو عَلَى أنه شفيع أو على المبتاع أنه أقر أن فلاناً شفيع، لأن ثمرة هذه الشهادات أموال.

فرع

في **الكتاب**: يجوز للشفيع أخذ بيت بما ينوبه من الثمن يصطلحان على ذلك، قال ابن يونس: يريد أنه علم قبل التسليم بما ينوبه من الثمن وإلاَّ فلا يجوز له، لأنه شراء بثمن مجهول إلاَّ عَلَى مذهب مَن يُجيز جمعَ سلعتين في البيع.

فرع

في **الجواهر**: ليس للشفيع غلة دارٍ أو أرض أو ثمرة نخل قبل قيامه، لأن الغلة بالضمان، والمشتري ضامن مالك.

فرع

قال: لو وَجَد المبتاعُ بالشقص عَيباً فأراد رده على البائع قبل أخذ الشفيع فذلك له، وكذلك إن وجد البائع بالعبد الذي عو عوض الشقص عَيباً، فأما بعد أخذه

فلا لِئَلاَّ تبطل صفقتُهم، ثم هل الأخذ بقيمة العبد أو الشقص؟ قولان، الأول لابن القاسم، والثاني لعبد المَلك وسحنون، فشبهه ابن القاسم بما إذا كان قائماً بيد مشتريه ولم يرده، لأن ذلك الأخذ بيعٌ حادث، ورأى عبد الملك القيمة صارت ثمناً وهي التي قرر المشتري، وعلى قول عبد الملك: لو كانت قيمة الشقص أكثر من قيمة العبد خُير الشفيع بين الأخذ بذلك والرد، كما لو استشفع على ثمن، ثم تبيّن أن الثمن أكثر منه، ولو وجد المشتري بالشقص عيباً بعد أخذ الشفيع لم يكن له آرش الإنتقال بالثمن، فإن رد الشفيع عليه ردّ هو على البائع، ولو اطّلع على عيب قبل أخذ الشفيع وقد حدث عنده عيب يمنع الرد فأخذ أرشه فذلك الأرش يحطّ عن الشفيع.

فرع

قال: إذا استحق بعد أخذ الشفيع فهو فوت، ويمضي البيع والشفعة، ولبائع الشقص على مبتاعه قيمته أكثر من الثمن أو أقل، ثم لا تراجع بينه وبين الشفيع، وقال سحنون: إن غرَم أقل رجع عليه بما بقي، أو أكثر خُيِّر الشفيع بين غرْم الزائد أو ردّ الشقص، وإن كان الثمن مكيلاً أو موزوناً واستحق بعد أخذ الشفيع رَجَع البائع بمثل ذلك، وقال سحنون: يرجع بقيمته لفواته، وإن خرج ثمن الشفيع مستحقاً لزمه الإبدال ولم يبطل ملكه، وكذلك الزيوف.

فرع

قال: إذا ساوى الشريكان بمجلس الحاكم وزَعَم كل واحد أن شراء الآخر متأخر، وأنه الشفيع صُدّق كلٌّ واحد منهما في عصمة ملكه عن الشفعة، فإن تحالفا أو تناكلا تَسَاقَط القولان، وإن حلف أحدهما ونكَل الآخر أخذ الحالف بالشفعة.

فرع

في النوادر: قال سحنون: إذا ظهر للحاكم في ثمن الشقص المجاوزة إلى ما لا يشبه، وغلب على الظن أنه حيلة لقطع الشفعة، رده إلى ما يشبه، فإن ادَّعى الشفيع

عِلمَ الثمن قضى له به مع يمينه إلاَّ أن يأتي بأقل من قيمة الشقص، وعن مالك: يُصدق المبتاع فيما يشبه بغير يمين، وفيما لا يشبه مع اليمين إلاَّ أن تكون مجاوزة سلطان أو نحوه فيُصدق فيما لا يشبه بلا يمين، ولو أتى المبتاع ببينة فقالت: شهدنا على إقرارهما: ردّ إلى القيمة في السَّرَف، وإن قالت: على معاينة النقد صُدقت وخُير الشفيع في الأخذ بذلك، وقال مطرف: يُصدق المشتري في السَّرَف من الثمن.

فرع

قال: إذا أُوصى ببيع ما يسوَى ثلاثين من رجل بعشرة، ولا مال له غيره، ثم مات ولم تُجز الورثة: قيل للمبتاع: إن زدت عشرة أجزاء[1] الشقص، فإن فعل أخذ الشفيع بعشرين وإن أبى قطعوا له ثلث الشقص ولا شفعة، قال ابن القاسم، وإنما أعطاه للشفيع بعشرين، وقد حُوبِي المشتري بعشرة، كما لو اشتراه بعشرين فهو للشفيع بعشرين، وكذلك لو بَاعَه في مرض وحَابَى المحاباة في الثلث، ويأخذ الشفيع بذلك الثمن وكذلك في الصحة إلاَّ أن يبقي ما لا يمكن أن يكون ثمناً لقلته فتبطل الشفعة، لأنه هبة.

فرع

قال: قال ابن القاسم: إذا قال البائع بعد البيع: استرخصت فزدني، فزاده فلا يلزم ذلك الشفيع بخروجه عن الثمن، وقاله أشهب، وقال: وللمبتاع الرجوع على البائع بالزيادة بعد حلفه: ما زاد إلاَّ فراراً من الشفعة، وإلاَّ فلا رجوع، وقال محمد: يأخذ الشفيع بالزيادة والتنقيص، ولا يتهم المبتاع أن يزيد إلاَّ بصلاح البيع.

فرع

قال: إذا عقد بدنانير فأعطي عَرَضاً أو العكس: أخذ الشفيع بما حصل للبائع، قاله عبد المَلِك، لأنه الذي تحقق ثمناً، وقال محمد: الأحسن الأخذُ بما عقد عليه لأن الإنتقال صفقة ثانية، وقيل: بما وقع عليه أصل الشراء أو قيمته إن كان عَرَضاً.

(1) شطب في النسخة على: أجزاء، ولكن يبقى بدونها في الكلام شيء.

قال ابن عبد الحكَم: إلاَّ أن يدفعَ ذَهباً عن وَرِق، أو ووَرِقاً عن ذهب فيما وقع كالمرابحة، وقال أشهب: إن دَفع وَرِقاً أو طعاماً عن ذهب أخذ بِأقل ذلك، قال محمد: وهو أحب إلينا. قال سحنون: إذا أخذ عَرضاً عن دنانير بقيمة العرض، وقال غيره بالأقل منهما.

الباب الثالث
في
مُسقطات الشفعة

وفي **الجواهر**: لسقوطها ثلاثة أسباب: **الأول**: الترك بصريح القول، **الثاني**: ما يدل عليه كالمقاسمة والسكوت مع رُؤيَة المشتري يَهدِم ويبني ويغرس، وقيل: لا يسقطها ذلك[1] .

فرع

في **الكتاب**: لا تُسقط السنةُ الشفعة وإن كان عالماً بالشراء وشهد فيه، بل يحلف: ما تأخر تركاً، فإن جاوَز السنة بما يُعدُّ به تاركاً فلا شفعة، وقال (**ش**): غير العالم بالبيع حقه أبداً كالرد بالعيب إذا لم يعلم به، والعالم على الفور، وأخَّرَه (ح) إلى انقضاء المجلس فقط. **لنا**: قوله[2] عليه السلام: (**الشُّفعَةُ فِيمَا لَم يُقسَم**) ولم يعين وقتاً، ولأنه حق له فلا يتعيّن معجلاً كسائر الحقوق من الديون وغيرها، ولأن المشتري إن تضرر رفع للحاكم، ولأن في حصرها في الفَوْر ضرراً على الشفيع بأن يكون معسراً، ولأنه قد لا يعلم إلاَّ بعدها[3] المشتري فلا يجد قيمة بنائه فينتظر حتى يتيسر له ذلك. **احتجوا** بقوله[4] عليه السلام: (**الشُّفعةُ كَنَشْطَةِ عِقَال**) فإن

---

(1) كذا ولم يذكرالسبب الثالث.

(2) تقدم تخريجه.

(3) كذا.

(4) وتمامه: ان قيدت ثبتت، والاَّ فاللوم على من تركها، عزاه عبد الحق الى ابن حزم من رواية ابن عمر مرفوعاً. قال ابن الملقن في (خلاصة البدر المنير 102/2) ولم أره في محلاه. وبمعناه حديث: (الشفعة كحل العقال) رواه ابن ماجه رقم: 2500 . وسنده ضعيف جداً. وقال أبو زرعة: حديث منكر. وقال ابن حبان: لا أصل له، وقال البيهقي: ليس بثابت.

أخذها مكانها وإلاَّ بطلت. ولأن عدم الفورية يضرّ بالمشتري فلا يعمر ملكه ولا يتصرّف فيه، ولا سكوته مع اطلاعه رضا فيبطل حقه.

والجواب عن الأول: أنه مطلق في الأحوال فيحمل على ما إذا وقفه الحاكم، وإذا عمل بالمطلق في صورة سقط الإستدلالُ به فيما عداها.

والجواب عن الثاني: أن الضرر مدفوع بالرفع للحاكم.

والجواب عن الثالث: يتروى في الأخذ أو يحصل الثمن فلا يسقط حقه بغير سبب ظاهر.

نظائر: قال أبو عمران: مسائل السنة أربعةَ عشر[1] مسألة: الشفعة على رأي أشهب وابن القاسم يزيد الشهر والشهرين، واللقطة، والعبد الآبق يحبس سنة ثم يُباع، والمجنون تستم له سنة، والعنين لتمضي عليه الفصول الأربعة، والعهدة للجِراح والجنون والبرص، وعدة المستحاضة والمرتابة والمريضة، واليتيمة تمكث سنة في بيتها قبل اختبارها لزوال الحجر، والجرح لا يحكم فيه إلاَّ بعد سنة من يوم البرء ولتمضي عليه الفصول ويامن الإنتقاض والسراية للنفس، وشاهد الطلاق إذا أبى أن يحلف يحبس سنة، والهبة تصح بحيازة السنة. ولا تبطل إذا عادت ليد الواهب بخلاف الرهن، والموصَى بعتقه امتنع أهله من بيعه، ينتظر سنة فإن باعوه عتق بالوصية.

فرع

في الكتاب: إذا كانت الدار بغير البلد فهو كالحاضر مع الدار فيما تنقطع به الشفعة، ولا حجة له إلاَّ بنقد حتى يقبضها لِجواز النقد في الربع في الغائب، والغائب على شفعته وإن طالت غيبته وهو عالم بالشراء، وإن لم يعلم فأَولَى، ولو كان حاضراً وسافر بحِدثان الشراء سنين كثيرة سفراً يُعلم منه عدم الأوبة إلاَّ بعد مدة الشفعة للحاضر. فلا شفعة له بعدها والآن، فإن عاقه عذر حَلف: ما تركها

(1) كذا والوجه: أربع عشرة.

وأخذها، لأن الأصل: بقاء حقه، واكتراؤك الشقَص، ومساومتك إياه للشراء ومساقيك للنخل تقطع شفعتك، لأنه ظاهر حالك، قال صاحب **التنبيهات**: رَوَى ابنُ القاسم: السُّنة تقطعها، فيحتمل مخالفته لروايته في **المدونة**، وموافقته لرواية أشهب، لأن السنة حدّ في الأحكام كما قال، أو موافقته للمدونة، أي السنة وما قاربها كما قال في الرضاع والزكاة ونحوهما، قال في **الوثائق**: نحو الشهرين بعد السنة، وقال الصدفي: ثلاثة أشهر، وقال أصبغ: ثلاث سنين، وعن مالك في أكثر من خمس سنين لأراه طولاً، وعن عبد الملك: عشر سنين، وعنه أيضاً: أربعين سنة كأنها من باب الحيازة التي حدها عشر وأربعون سنة بين الأشراك، وعن مالك: لا تنقطع حتى يوقف أو يصرح بالترك، وقال ابن وهب: متى عَلم وتَرك فلا شفعة، قال ابن يونس: قوله: إذا تباعد يحلف عنه في تسعة أشهر أو خمسة، ولا يحلف في شهرين، وإن كتب شهادته في الشراء ثم قام بعد عشرة أيام، فيحلف: ما كان ذلك تركاً لها ويأخذ، وقيل: تبطل بمجاوزة السنة بالقريب إلاَّ أن يقول: أنا على شفعتي ويشهد على البائع بذلك، فله الشفعة إلاَّ أن يوقفه الإمام فلا يأخذ، ويشهد عليه فلا ينفعه، وعن مالك: لا يقطعها عن الحاضر طول إلاَّ أن يوقفه الإمام أو يتركها طَوعاً، أو يأتي من طول الزمان ما يدل على الترك، أو يحدث المبتاع بناء أو غرساً أو هدماً وهو حاضر فتسقط إلاَّ أن يقوم بقرب ذلك، وعن مالك: الخمس سنين ليست طُولاً ما لم يُحدث المشتري تغييراً وهو حاضر، وعن أشهب: إذا أحدث المبتاع هدماً أو مرمّة انقطعت قبل السنة، وإلاَّ فسنة، قال ابن عبد الحكَم: إذا لم يَعلم بالبيع وهو بالبلد صُدّق ولو بعد أربع سنين، وإن غاب المبتاع بعد الشراء أو اشتراها في غيبته أو اشتراها وكيله لم تبطل وإن طالت غيبته، لقوله[1] عليه السلام: (**يُنتظَر وإن كان غَائِباً**) وكذلك إن كان وكيلُه يهدم ويبني بِحضرة الشفيع ما لم يكن موكلاً يدفع الشفعة عنه ببينة عادلة حاضرة عَلم بها الشفيع فينقطع العذر حينئذ، ولو أراد الأخذ والمبتاع غائب ولا وكيل له،

---

(1) تقدم تخريجه.

فَلَه[1]، ويُوكل الإمام من يقبض الثمن للغائب ويمكنه من هذا. ولا تبطل شفعتُه إذا أخر الطلب لِصعوبة الرفع للحاكم عَلَى كثير من الناس، قال محمد: فإن أخذها في غيبته فلا تكتب العهدة على وكيله بل على الغائب، لأنه الأصل، ويدفع الثمن لوكيل الشراء إن وكّله عالماً بأن لها شفيعاً، وإلاّ فلا يدفع له الثمن لعدم توكيله على القبض بل لِلحاكم، وإنما لا تكتب على الوكيل إذا ثبت أن الدار للغائب لو يثبت قبل عقد البيع أنه يشتري لفلان، فأما على إقراره فلا للتهمة في نقل العهدة عنه، بل تكتب عليه، فإن قدم الغائب فأقر خُير الشفيع في نقلها على الموكل، ثم لا يرجع على الوكيل في استحقاقٍ ولا غيره لأنه أبرأه، وبين ابقائها على الوكيل وَيَتْبع في الإستحقاق أيّهما شاء مؤاخذة للموكل بالإقرار، فإن غرَم الوكيل رجع على الموكل لإقراره، وقال أشهب: لا يضرّ الشفيع كراء الشقص من المبتاع ولا مساومته ولا مساقاته، لأنه يقول: فعلتُ ذلك كما يفعله غيري بحضرتي، وسَاوَمتُه لأعلَمَ الثمن، وكذلك لو حضر وهو يباع في المزايدة فزَايَد ثم بِيعَ بحضرته: قال أشهب: ولو قَاسَم المشتري الشفيع بَطَلت شفعتُه.

قال صاحب **الخصال**: الغائب على شفعته حتى يقدم، أو يطلب المشتري أن يكتب له القاضي إلى قَاضي موضع الغائب بما يَثْبُتُ له عنده من أبتياعه فيوقفه عليه القاضي فيوقف القاضي ذلك الغائب: إمّا يأخذ أو يترك، وقيل: لا يكتب السلطان في ذلك، بل إن أحب المشتري أن يشخص فيرفعه فيأخذ أو يترك، وليس لغيبته القاطعة عند مالك، بل يجتهد فيها الحاكم، فقد لا ينهض الضعيف عَلَى البريد.

فرع

قال: والصغير على شفعته حتى يبلغَ ويملك أمره وحتى تنكح البكر ويدخل بها زوجها أو تملك أمر نفسها إلاّ أن يكون لها وصي.

نظائر: قال اللخمي: يسقطها سبعة: إسقاطه بالقول والمقاسمة اتّفاقاً، ومضي

---

(1) كذا والحق بالهامش: صوابه: رفعُه الى الإمام.

طول الزمان يدل على إعراضه، والرابع: إحْداث المشتري البناء والغرس والهدم، والخامس: خروجه عن اليد بالبيع والهبة والصدقة، والسادس: مُساومته أو مساقاته أو كراؤه، والسابع: بيع الشقص الذي يستشفع به، والخمسة الخلاف فيها، وإن لم يعلم بالهبة أو الصدقة ردّها، والثمن للمشتري إن لم يعلم للشفيع، وإن علم بالموهوب عند ابن القاسم، لأن علمه رضا بذلك وكأنه وهب الثمن، وقال أشهب: للمشتري، لأن الأصل: بقاء ملكه عليه، والخلاف في الكراء والمساقاة إنما هو في أقل من سنة، أما السنة فأكثر فيبطلها، ولو اكترى وسَاقَى غير الشفيع فله ردّ ذلك، وَعَلَى القول بأن بيع حصته التي هي سبب شركته وشفعته تسقط إذا باع بعضها: فهل يسقط من الشفعة بقدر ذلك؟ قال: وعدم السقوط أولى لاستواء الجزء القليل والكثير في الشفعة، وعن ابن القاسم: للشفيع الغائب إبطال قسمة المشتري من البائع، والأخذ بالشفعة ولو قَسَم الحاكم لتقدم حقه على القَسم، وقال سحنون: لا يرد ويأخذه مقسوماً كما لو بيع، وإذا دخل على أنَّ له شفيعاً ليس له طلب القَسم، وكذلك إذا كان معه شريكٌ سِوى الغائب، لأنه يدعو للقَسم، بل لشركائه ذلك، ويجمع نصيب الغائب مع نصيب المشتري، ويبقى على حقه في الشفعة إذا قدر، فإذا جهل القاسم قسم نصيبه للغائب: فللغائب رد القَسم لأن من حقه أن يجمع نصيبه مع ما يأخذه بالشفعة، وقال (ش): للشفيع ردّ وقف المشتري وتصرفاته إلاَّ تصرفاً يستحق به الشفعة، نحو البيع والإصداقِ في النكاح، ويُخيَّر الشفيع في العقود فيأخذ بأيها أحب، قال: وله فسخ إقالة المشتري ورده بالغيب لتقدم حقه، قال: وإذا قاسم وكيل الشفيع الغائب فبَنَى المشتري وغَرس: فللشفيع قلعُ ذلك وأخذه بالقيمة، وكذلك إذا قاسَمه الشفيع لأجل أنه أظهر من الثمن أكثر ممّا في العقد. وقال (ح): يجبره على القَلع، وقلنا نحْن و(ش) وأحمد: لا يجبره على القَلع والهدم. لنا: قوله[1] عليه السلام: (لَيْسَ لِعرقٍ ظالِم حَقّ) مفهومُه: إذا لم يكن ظالماً له الحق، والمشتري ليس بظالم، وَلأن له أن

---

(1) رواه مالك في (الموطأ) في الأقضية. باب القضاء في عمارة الموات، ورواه الترمذي في الأحكام وابو داود في الخراج الفيء والاجارة، عن عروة بن الزبير مرسلاً. وموصولاً عن سعيد بن زيد وجابر، وله تتمة، وفيه قصة.

يبيع ويَهَب فله البناء والغرس، احتج بالقياس على البناء في الرهن من جهة الراهن، وقياساً على الأرض المستحقة بجامع تقدم الحق على حقه، وبالقياسِ على من باع وفعل ذلك قبل التسليم.

والجواب عن الأول: أن الراهن ممنوع من التصرّف في الرهن بخلاف الشفيع.

والجواب عن الثاني: أن الغيب انكشف عن عدم الملك بخلاف الشفعة.

والجواب عن الثالث: أنه بنى في ملك غيره بخلاف الشفيع، وقال (ش): إذا باع نصيبه الذي يستشفع به لا شفعة.

فرع

في الكتاب: إذا سلّم ثم ظهر قلة الثمن، له الأخذ، وقال (ش) و(ح): ويحلف ما سَلَّم إلاَّ لكثرة الثمن، وإن قيل: ابتاع نصف النصيب فسَلَّم ثم ظهر أنه الجميع، فله الأخذ لأنه قد رغب في الجميع دون بعضه، وإن قيل له: المشتري فلان، ثم ظَهَر أنه مع غيره، له أخذ حصتهما، لأنه قد يريده مستقلاً لا شريكاً، قال ابن يونس: لا يمين عليه عند أشهب في كثرة الثمن لظهور سبب التسليم، فإن قيل له: الثمن قمح، ثم ظهر أنه دراهم أو دنانير، له الأخذ، وإن كانت الدنانير أكثر من ثمن القمح لعذره في نزل القمح بسبب الكيل والحمل، ويحلف: ما كان إسلامه إلاَّ لذلك. وأما أخذه بالقمح ثم يطلع على الدنانير فلا ردّ له، لإنتقاء العذر، قال محمد: إلاَّ أن تكون الدنانير أكثر من ثمن القمح بأمر بيّن، ولو سلم في الدنانير أنه قمح لَزِمه التسليم إلاَّ أن يكون القمح أقل ثمناً، ولو كان أخَذ أولاً لم تلزمْه إلاَّ أن يشاء، ولو سلم في القمح ثم ظهر عدساً أو تَمراً أو ما يكال، وقيمة الأول أكثر، فَلَهُ الأخذ لعذر الكثرة، ولو سلم في المكيل ثم عَلم أنه موزون، له الأخذ، لأن الوزن أخف ويحلف، ولو قيل: جارية قيمتها كذا، وصفتها كذا، أو بعرض كذلك، فسلم أو أخذ، ثم ظهر أنه دنانير، لزمه التسليم والأخذ، لأنه يؤدي القيمة ما لم تكن قيمةُ ذلك أكثر، وكذلك لو سمى دنانير فأخذ وتبيّن أنه

عَرض أو حيوان، لزم الأخذ ويدفع قيمةَ ذلك ما لم تكن القيمةُ أكثر، وإن سلمته لزم، ما لم تكن القيمةُ أقل، ولو قيل بجارية أو عرض ولم يصفه فسلمتَ فظهر دنانير لَزِمَك، لأن التسليم مع جهل الثمن لازم، قال ابن القاسم: إلاَّ أن يذكر ما لا يكون مثله ثمناً لما سمي من الجارية أو العرض لقلته فلك الأخذ للتهمة، ولو قيل: بمائة دينار أو مائة درهم ولم يذكر وزنها، لزمك الأخذ أو الترك لشهرة ذلك، وإن سمّي قمحاً بمكيلة ولم يوصف فهو خفيف، فإن أخذ لزم إن كان بالوسَط منه أو دونه، وإن كان بأعلاه من الوسط خير بين الأخذِ والترك، ولو قال المشتري أدِّه الوسَط لم يلزمك، لما فيه من المنة، وكذلك ولو قيل: مائة فأخَذتَ ثم ظهر: مائة وخمسون فأسقط الخمسين، ولا يجوز الأخذ إذا قال: بجارية ولم يصف، أو وصف ولم يعرف القيمة، وينقض إن فعل، لأنه شراء مجهُول، ولا يقرّ بعد المعرفة لفساد الأصل في الأخذ، وفي كُتُب محمد: لا يضرّ الجهلُ بالقيمة إذا عرفاه، وأما إذا كانت الشفعة إنما تجب بقيمة الشقص فلا يلزم الأخذ إلاَّ بعد معرفة القيمة، وقال محمد في مسألة **الكتاب**: إذا قيل لك: ابتاع فلان نصف نصيب شريكك له، فسلمتَ ثم ظهر شراؤهُ للجميع، فلك القيامُ، ولا يلزمك تسليم النصف الذي سلمْتَ أولاً، لأنك تقول: تركتُ لبقاء شركته فلا يندفع ضرره، أما الآن فاندفع، وقال محمد: بل يلزمك سلامُ النصف نظراً لتسليمك، ولو أخذت أولاً النصف ثم ظهر الجميع أخذتَ باقيه، فإن امتنعَت خُير المشتري في أخذ النصف أو ترك الجميع نفياً لضرر تفريق الصفقة، وقال أشهب فيما إذا ظهر أن المشتري اثنان بعد أن سلم بالواحد: يلزمك التسليم وتكون تلك الحصة بين المشتريَيْن، لأنهما شريكان في الشراء، وعهدتك عليهما، قال محمد: وإذا كانا متفاوضيْن فليس لك إلاَّ الأخذُ منهما أو التسْليم لهما، ولو سميا لك، قال أشهب: ولك الأخذ من أحدها فقط، قَال محمد: وهذا إذا لم يكونا متفاوضين، قال محمد: فلو سُمي لك زيد فَظَهر عَمْرو لك الأخذ بعد التسْليم دون التسليم بعد الأخذ، لأن التسليم قد يكون لصداقة في الأول، فإن لم يسم لك أحد فسلَّمتَ ثم تبيّن، فلك الأخذ لأن تسليمك لم يكن لصفة. قال اللخمي: اختلف في الأخذ قبل معرفة الثمن: فظاهر

الكتاب: جوازُه لقوله: إذا أشهد وقبل معرفة الثمن بالأخذ، ثم قال: قد بَدَا لي، له الأخذ إن أحب، فخيّره في التمسك والفاسد لا يخيره فيه، وفي **كتاب محمد**: فاسدٌ، ويجبر على الردّ، وفي اشتراط معرفة قيمة ما اشترى به قولان، ومثلُه الشفعة بقيمة الشقص المشفوع به، فإن كان صَدَاقاً أو في خلع أو دم فَعَلَى القولين، واستحسن أيضاً ذلك في كل ما لا تتباين فيه قيمةُ القَسم، وتنقص فيما لا يعلم بفَواتها، واستحق في الطَّعام يسمى كيله دون وصفه، ويَلزم التسليمُ والأخذ قبل معرفة المشتري، قال محمد: وإن كان عدواً أو شريراً أو مضاراً: قال: والصواب: له الرجوع إذا تبيّن أنه على أحَد هذه الحالات، ومن يرى أنه لو عَلم لم يسلم له، وليس كذلك إذا أخذ ثم تبيّن أنه على ذلك، لأن رغبته في الثاني أولى وأن لا يكون شريكاً له، وقال (ش): إذا قال المشتري في الثمن: آخُذ النقدين فسلَّم فتبيّن أنه النقد الآخر، له الأخذ لتفاوت الأغراض، وكذلك إذا تبيّن أنه مؤجل، قال (ح): إذا سلم لتعذر الجنس الذي بلغه.

فرع

في **الكتاب**: إذا أشهد بالأخذ لزمه إن عَرَف الثمن والأخذ، لأنه قد يظهر ما يرغبه أو ينفره، ومتى سلم بعد البيع فلا قيامَ له لإسقاطه حقه، ولو قال المشتري: اشتر، فقد اسقطتُ شفعتي، فلا تسقط، وقاله (ش)، قال ابن يونس: قال أشهب: إذا لم يعرف الثمن إلاَّ بعد الأخذ فسخ، لأنه شراء مجهول، وتسليم الشفعة بعد الشراء لازم، وإن جهل الثمن، إلاَّ إن تبيين ما لا يكون ثمناً لذلك، قال محمد: وإذا سَلَّم الشفيع بعد الشراء في عقد خِيارٍ في أيام الخيار بعِوضٍ أو بغير عوض، لم يلزم، ولو انقضى أجل الخيار لم يَجز الرضا بما تقدم، لأن الشفعة بيع يُحله ما يحل البيع ويُحرِّمه ما يُحَرمه، فإن فسخا ذلك بقاض أو بغيره استأنفا ما أحبَّا.

قاعدة: متى كان للحكم سبب وشَرط فأخر عن سببه وشرطه صَحَّ إجماعاً، أو قُدم عليهما بَطَل إجماعاً، أو توسط بعد السبب فقولان للعلماء، كالزكاة سببُها: النصاب، وشرطها: الحَول، فتقديمها عليهما لا يجزيء إجماعاً، وبعدهما

تجزي إجماعاً، وبعد ملكه النصاب وقبل الحول قولان، وكفارة اليمين، سببها: اليمين، وشرطها: الحِنث، فقبلَهما لا تجزيء إجماعاً، وبعدهما تجزيء إجماعاً، وبعد اليمين وقبل الحِنث خلافٌ، والقِصاصُ في النفس، سببُه: الجراحة، وشرطه: الزهوق، فالعفو قبلَهما لا ينفذ إجماعاً، وبعدهما ينفذ إجماعاً من الأولياء، وبعد الجراحة وقبل الزهوق لَم يقَع الخلافُ كَما وقع في نظائره، بل ينفذ اتّفاقاً فيما علمته لأن ما عَدَا هذه الصورةَ المكلفة متمكن من استدراك وجُوه البِر لبقاء الحياة، وها هنا لو لم يمكنه الشرع مِن تحصيل قربة العفو عن دَمِهِ لتعذر عليه بموته، وأذن الورثةِ لموروثهم قبل مرضه المخوف لا يعتبر، لأنه سببُ زهوق الروح الذي هو شرط في الإرث، وبعد الزهوق، وينفذ تصرفهم في التركة اتفاقاً، وبينهما لا أعلم أيضاً فيه خلافاً، ولعله لتحصيل مصلحة الموروث قبل الفوت بالموت، وهو أولى بما له ما دام حياً، ومنه: إسقاط الشفعة قبل عقد البيع لا ينفذ، لأنه السبب، وبعد العقد والأخذ ينفذ، وكذلك بعد العقد وقبل الأخذ. فهذه قاعدة شريفة يتخرّج عليها فروعٌ كثيرة في أبواب الفقه، وبها يظهر فساد قياس الزكاة على الصلاة في امتناع التقديم على الوقت، لأن أوقات الصلوات أسباب، والتقديم على الزوال مثلاً تقديم على السبب، وأما تقديم الزكاة على الحول: فبعد السبب وقبل الشرط، فليس الموضعان سواء.

نظائر: قال أبو عِمران: ست مسائل لا يعتبر فيها إسقاط الحق: الشفعة قبل الشراء، والميراث قبل الموت، واذن الوارث في الصحة بأكثر من الثلث، وأذن الوارث إذا كان من العيال في مرض الموصي، والمرأة تسقط حقها من أيامها لصاحبتها قبل مجيئِها، والأمة تختار نفسها قبل العتق، والمرأة تسقط شروطها قبل الزواج، وقيل: لا شيء لها. وقيل: لها الرجوع في القرب.

تفريع

قال: يَجْرِي في التسليم قبل الشراء قولٌ قياساً على مَن قال: إن اشتريت عبدَ فلان فهو حرٌ، وَإن تزوجتُ فلانةً فهي طالق، لأنه تصرف قبل الملك، وقال فيمن جعل

لامرأته إن تزوج عليها فأسقطته قبلَ الزواج، لزمَها ذلك، وهو في الشفعة أولى، لأنه أدخل المشتري في المشترى كما لَو قال: اشتروا الثمن علي، فإنه يلزمه الثمن، لأنه أدخله في الشراء عند مالك وابن القاسم، وإن تركها قبل الشراء بعوض امتنع للجهل بما يقابل العِوض هل يحصل أم لا؟ فإن قال: إن اشتريت فقد سلمت لك بدينار وإن لم يبع صحّ لعدم الغرر، ولو شرط النقد امتنع لأنه سلف تارة وثمن تارة، ولو سلم لغير المشتري بعد الشراء بعوض أم لا امتنع، لأنه لم يأخذ فيبيع، ولأن الشفعة لا تكون للبيع، ولو أراد المشتري البيعَ فلم يسقط الشفيعُ الشفعة إلاَّ بعوض من المشتري أو من المشتري الثاني جاز، خلافاً لـ (ش) **لنا**: أنه ملك الأخذ فجازت المعاوضة عليه كالعقار، وقياساً على تمليك الزوجة أمرها، وقياساً على أخذ الأمَة العوض إذا عتقت على أن لا توقع طلاقاً، قال مطرف: إن صالح على أنه متى أذن المشتري لِوَلده فهو على شفعته لا يلزمه ذلك، وله الشفعة مَا لم يطل الزمان شهوراً كثيرة، وقال أصبغ: يلزم الصلح توفية بالعقد، والمقال في ذلك للمشتري دون الشفيع، لأن ترك الشفعة هبة، ويتضرّر المشتري بالبقاء على ذلك في البناء والغرس والحبس فيهدم ويعطىَ القيمةَ لما أحدث، ومن حقه أن يقول: إمَّا أن تسقط حقك مرة فأتصرف آمِناً، وإما أن تأخذ، وقال مطرف: للشفيع أيضاً مقال، وفي **الجواهر**: يجوز أخذه من المشتري عوضاً: دراهم أو غيرها على ترك الشفعة إن كان بعد الشراء، وإن كان قبله بَطَل ورد العوض، وكان على شفعته.

فرع

في **المقدمات**: إن سكت الحاضر حتى غرس المشتري أو بَنَى أو طالت المدة أكثر من المدة المعتبرة على الخلاف، بَطَل حقه، ولا يعذر بالجهل.

نظائر: قال: المسائل التي لا يُعذَر فيها بالجهل: سبع عَلَى ما قاله أبو عمر الإشبيلي، ولم يكن يفسرها إذا سئل عنها، قال ابنُ عتاب: فاستْقرأتُها فوجدتُّها: الشفعة، والمرأة تقضي بالثلاث في المجلس فلا يناكرها الزوج لجهله، والسارق لثوب لا يساوي ثلاثة دراهم، وفيه ثلاثة دراهم يحملها، ووطء المرتهن الجارية

المرهونة، قال ابن عتاب: ووجدتُ غيرها كثيراً: يخير إمرأته فتقضي بواحدة، فيقال لها: ليس لك ذلك. وتريد أن تقضي مرة أخرى بالثلاث، وتدعي الجهل، قاله إبن القاسم، والمستحلف أَباه في حق له عليه: أن شهادته تسقط، وإن جهل العقوق، قاله إبن القاسم، وكذالك قاطع الدنانير جهلاً بكراهيته، وفي **الدمياطية**: والمرتهن يرد الرهن للراهن يبطل الرهن ولا يعذر بالجهل.

وفي **الواضحة**: باع جارية وقال: كان لها زوج فطلقها أو مات عنها، ووافقته الجارية، يحرم وطؤها على المشتري، ولا تتزوج حتى يشهد بالطلاق أو الوفاة، فإن أراد ردها وادَّعى أنه ظنّ أن قول البائع والجارية في ذلك مقبول، لم يكن له ذلك، وإن كان ممن يجهل معرفته. وقال أشهب: إذا اعتق أم ولده ووطئها في العدة وأدَّعى الجهل: أنه يُحد، كمَا لو ادَّعى الزاني الجهل بتحريم الزنا، وفرق بين المعتق والمطلق ثلاثاً يَطأ في العدة، أو واحدة قبل الدخول فيلحقه الولد ولا يحد، لأنها شبهة لأهل الجهل، وحكَى ابن حبيب: أن المُظاهر إذا وطيء قبلَ الكفارة يؤدب ولا يعذر بالجهل، ومَن قَذَف عبداً فظهر أنه حُرٌ قَد عتق قبل ذلك ولم يعلم القاذف، وكذلك إذا شَرب هو أو زَنَى ولم يعلم بعتق نفسه، ومَن اشترى من يعتق عليه ولم يعلم به، والبيوع الفاسدةُ: الجاهل فيها كالعالم إلاَّ في الإثم، والوضوءُ والصلاة يستوي فيها العامدُ والجاهل، وكذلك الحج في كثير من الأحكام، قال صاحب **المقدمات**: قد تركتُ مسائل كثيرة، منها: حمل امرأته ولم ينكره، ثم أراد نفيَه بعد ذلك، والشاهد يَرى الفَرج يستباح، أو الحرّ يُستخدم فلا يقوم بشهادته، وكذلك أكل مال اليتيم والغاصب والمحارب والمتصدر للفتوى بغَير علم، والطبيب يقتل بمعاناته وهو غير عالم بالطب، والشاهد يخطيء في شهادته في الحدود والأموال، وهذا الباب أكثر من أن يحصى، وكان أبو عُمر الإشبيلي أجلٌ من أن يعتقد الحصر في سبع، لكن أظن مراده ما يكون مجرد السكوت فيه على فعل الغير مسقطاً حق الساكت اتفاقاً، فوجد[1] فوجدت. من هذا النوع سبعاً لا ثامن لها: الشفعة وما في معناها كالغريم يعتق بحضرة

---

(1) في النسخة.

غرَمائه فيسكتون، أو يبيع العبد قبل الخيار فيتركه حتى ينقضي أمد الخيار وشبهه.

الثانية: مَن حاز ملك رجل في وجهه مدةً معتبرة، ثم ادَّعى أنه ابْتاعه منه صُدق مع يمينه، ولا يعذر صاحب المال بالجهل وأن سكوته مبطل. **الثالثة:** المملكة تقضي بالثلاث فلا ينكر الزوج، ثم تريد المناكرة، أو لا تقضي بشيء وتسكت حتى يطأها، أو ينقضي المجلس على الخلاف، وما أشبه ذلك كالأمة تعْتق فلا تقضي حتى يطأها الزوج. **الرابعة:** الشاهد يرى الفرج يستباح والعبدَ يُستخدم ونحوه من الحقوق الواجبة لله تعالى. **الخامسة:** المطلقة يراجعها زوجها فتسكت حتى يطأها، ثم تدعي انقضاء العدة. **السادسة:** المرأة تزوج وهي حاضرة فلا تنكر حتى يدخل بها الزوج، ثم تنكر النكاح والرضا به، وتدعي الجهل في سكوتها. **السابعة:** الرّجُلُ يُباع عليه ماله ويقبضه المشتري وهو حاضر لا ينكر، ثم ينكر الرضا بالبيع، ويدعي الجهل، ويحتمل أن يريد سبع مسائل من نوع الطلاق: **أحدها:** يملك امرأته فتقبل، ثم تصاحِبه بعد ذلك قبل أن تسأل ما قبلت، ثم تقول: كنت أردت الثلاث لترجع فيما صالحت به. **الثانية:** السامع لامرأته تقضي بالثلاث فيسكت، ثم ينكر. **الثالثة:** المخيرة تختار، ثم تريد تختار بعد ذلك ثلاثاً وتقول: ظننت أن لي الخيار. **الرابعة:** المملكة والمخيرة لا تقضي حتى ينقضي المجلس على قول مالك الأول، ثم تريد القضاء بعد ذلك وتقول: ظننت أن ذلك بيدي أبداً. **الخامسة:** المقول لها: إن غبت عنكِ أكثر من سنة فأمرك بيدك فتقيم بعد السنة المدة الطويلة من غير أن يشهد أنها على حقها، ثم تريد القضاء وتقول: جهلت وظننت أن الأمر بيدي متى ما شئت. **السادسة:** الأمة تعتق فتوطأ، ثم تريد الخيار وتقول: جهلت أن لي الخيار. **السابعة:** الرجل أمرامرأته بيد غيرها فلا تقضي المملكة حتى يطأها، ثم تريد القضاء وتقول: جهلتُ قطعَ الوطء ما مُلِّكتُه.

فرع

في **الكتاب** التسليم قبل معرفة الثمن جائز. في **التنبيهات:** ظاهر **الكتاب** الإطلاقُ، واختلف في تأويله، فقيل: جائز ماض مطلقاً، وقيل: معناه أن ذلك

الفعل لا يلزمه لفساده بجهله بما يأخذ. وكذلك اختَلَف قولُه في الشفعة والثمن عرض لا مثل له قبل معرفة قيمته كالجواهر الغريبة، هل يفسد أو يجوز؟ وقيل: ذلك كله إذا تقاربت القِيَم جاز وإلاَّ فلا. قال اللخمي: تسليمها قبل معرفة الثمن جائز، لأنه تركٌ لا معاوضة، واختلف في أخذها قبل معرفته، وظاهر **الكتاب**: الجواز.

تنبيه: الحيلة في إسقاط الشفعة: أن يبيع إلاَّ مقدارَ ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع، فلا شفعة لانقطاع الجوار، وكذلك إذا وهب منه من المقدار وسلَّمه إليه، وإذا ابتاع سهماً، ثم بقيتها، فالشفعةُ للجار في الأول دون الثاني، لأن المشتري في الثاني شريك مقدم على الجار، ومما يعم الجوار والشركة أن يباع بأضعاف قيمته ويعطى بها ثوباً بقدر القِيمة. قالوا: ولا تُكره الحيلةُ في إسقاط الشفعة لأنها تمنع من ثبوت الحق فلا ضرر لعدم الحق. قاله أبو يوسف. وتكره عند محمد، لأنها تمنع من تمكين الشريك من دفع ضرره. وعلى هذا الخلاف في إسقاط الزكاة.

تم الجزء السابع من الذخيرة

يليه

الجزء الثامن وأوله كتاب الوكالة

فهرس الموضوعات

الجزء السابع

كتاب الوصايا

كتاب القسمة

كتاب الشفعة



دار الغرب الإسلامي

بيروت - لبنان

لصاحبها الحبيب اللمسي

شارع الصوراتي (المعماري) - الحمراء ، بناية الأسود

تلفون البناية: 340131/ تلفون مباشر : 350331 ص . ب. 5787-113 بيروت ، لبنان

DAR AL-GHARB AL-ISLAMI B.P.:113-5787 Beyrouth, LIBAN

رقم 1994 / 10 / 6000 / 201

التنضيد والطباعة : دار صادر، ص . ب . 10 - بيروت

DAR AL-GHARB AL-ISLAMI
P. B. : 113-5787- BEIRUT

AḎ - ḎAḪĪRA

Šihābaddīn Aḥmad b. Idrīs al - Qarāfī
684 / 1285

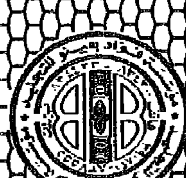
Tome 7

Mis au point et annoté
par
MOHAMED BOUḪUBZA



DAR AL-GHARB AL-ISLAMI
1994

AḎ - ḎAḪĪRA





AḌ - ḌAḪĪRA

Šihābaddīn Aḥmad b. Idrīs al - Qarāfī
684 / 1285

Tome 7

Mis au point et annoté
par
MOHAMED BOUḪUBZA



DAR AL-GHARB AL-ISLAMI